الدكتور محمد إسماعيل أبو الريش
كلية الدراسات الاسلامية والعربية للبنات
جامعة الأزهر – الاسكندرية

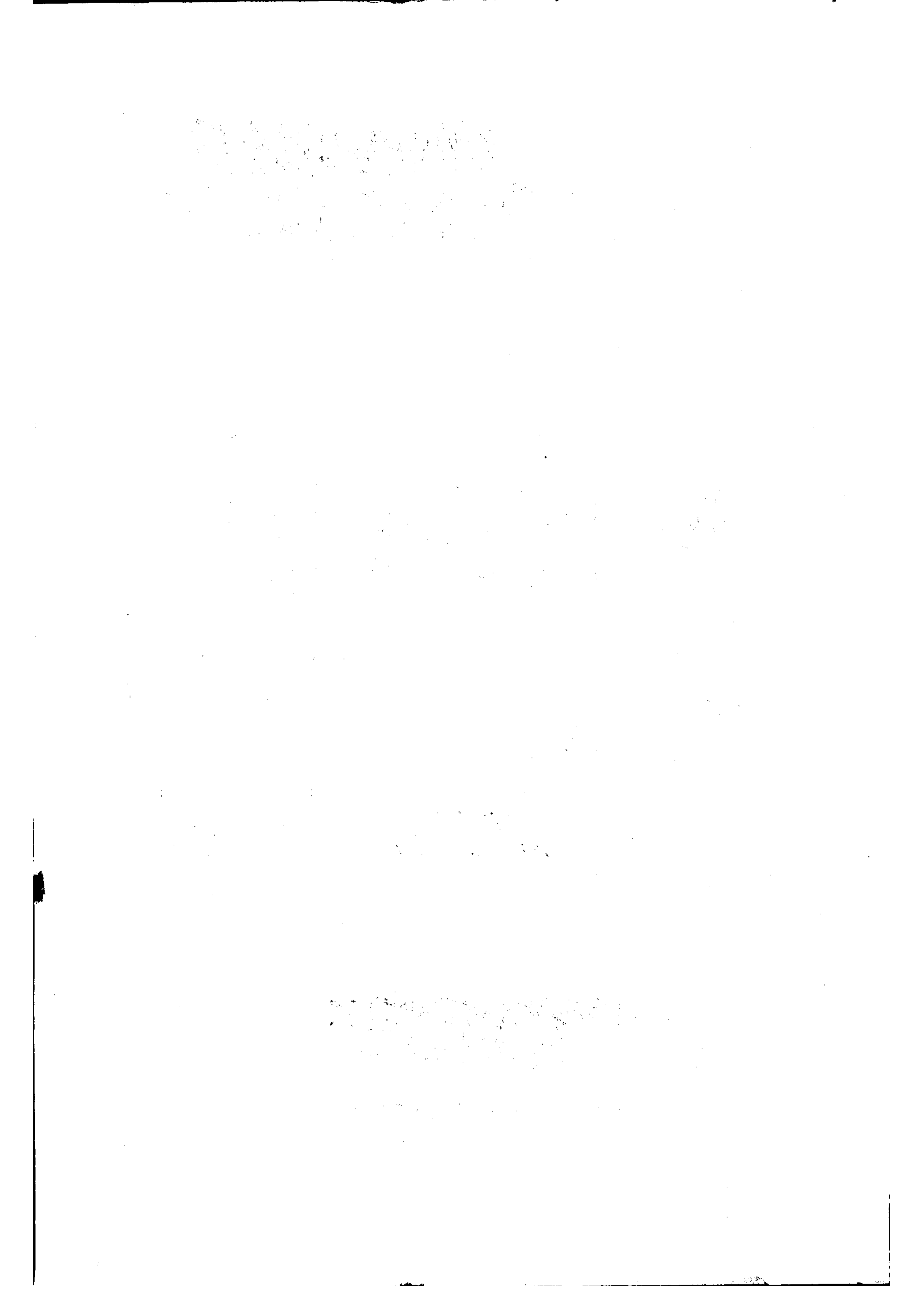
# أركان عقد الكفالة

## دراسة فقهية مقارنة

الطبعة الأولى
١٤١٨هـ – ١٩٩٨م

مطبعة الأمانة

٣ ش جزيرة بدران . شبرا مصر ت: ٣٦٢٩٣٠٩



بسم الله الرحمن الرحيم

## مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحابته ومن دعا بدعوته الى يوم الدين .          وبعد

فهذا عقد الكفالة رأيت أن أجلى أركانه واكمل بنياته وأبرز آثاره وأظهر أحكامه لما فيه من معانى جليلة وآثار جميلة لكى يرى القارىء أن بعض العقود فيها ما يقدم عليه العاقد بلا منفعة الا لارضاء الواحد فهو يشغل ذمته لتفريج كربة غيره وضمانا لدين الدائن ومواساة للمدين لا لشىء الا لارضاء رب العالمين وهذا دليل على سمو المعانى التى يغرسها المشرع فى نفوس المسلمين لذا بينت أركان عقد الكفالة من حيث الكفيل والمكفول له والمكفول به وصيغة الكفالة وبينت آثارها وكيفية انقضاء عقدها كل هذه الأشياء بعد أن أقمت الدليل على شرعيتها سواء من الكتاب أو من السنة أو من الاجماع أو من المعقول ، وقد فعلت هذا اثراء للمكتبة الاسلامية وارضاء لرب البرية لذا نرجو من الله أن يودع ما نكتبه للقراء فى ميزان حسناتنا يوم القيامة فهو أكرم مسئول وأعز مأمول وهو حسبى ونعم الوكيل .

# الباب الأول

## تعريف الكفالة والفرق بينها وبين ما يشبهها

## الفصل الأول

## تعريف الكفالة لغة واصطلاحا

### أولا : تعريف الكفالة فى اللغة :

هى ضم الشىء الى الشىء ويدل لذلك قوله عز وجل « وكفلها زكريا »(١) أى ضمها اليه فى التربية والرعاية وكفل الدين أى ضم الكفيل ذمته الى ذمة المكفول عنه فى تحمل الدين والكفالة مصدر كفل بفتح الفاء وكسرها وضمها، يقال كفل كفلا وكفالة ويتعدى بالباء يقال كفلت بالرجل ، وقد يتعدى بعن اذا تعلق بالمدين فيقال كفلت عن المدين ، ويتعدى باللام اذا تعلق بالمكفول له فيقال كفلت للدائن، وكفيل على وزن فعيل ، ويستوى فيه المذكر والمؤنث ، كجريح وصبور ، يقال رجل كفيل وامرأة كفيل ، ويجمع كفيل على كفلاء ، وكافل على كفل ، فكفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد(٢) .

---

(١) آية ٣٧ سورة آل عمران .

(٢) لسان العرب مادة كفل وضمن ، تاج العروس شرح القاموس ٣٦٥/٩ ، القاموس المحيط مادة كفل باب اللام فصل الكاف المعجم الوسيط ٣٩٥/١٠ مطبعة مصر .

## ثانيا : تعريف الكفالة اصطلاحا :

تعددت معانى الكفالة فجاءت الكفالة بمعنى الضمان وبمعنى الحمالة وبمعنى الزعامة وايضا من معانيها القبالة ، وهذه المعانى فى جملتها تكاد تتقارب ، لأن الكفيل يضم ذمته الى ذمة المكفول عنه فى المطالبة ويصير زعيما فى أدائه الحق ويتحمل عن المحمول عنه ، ويقبل آداء الحق عن المكفول عنه ، لأنه ضمن ما على المكفول عنه للمكفول له ، ولذلك سميت بهذه التسميات المتعددة لدلالتها على هذه المعانى وتضمنها لهذه المرامى ، ولهذا جاءت عند الفقهاء بمعانى متعددة فمنهم من جعل الكفالة هى المعنى الرئيسى والضمان من آثارها أو من مبانيها أو من مضامينها وهم الحنفية والظاهرية(٣) •

وأما من أطلق الضمان على الكفالة وجعل الكفالة فرعه فقننوا لها بالضمان منهم المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الامامية(٤) •

---

(٣) العناية على الهداية للبابرتى مطبوع مع فتح القدير ٥/٣٨٩ الطبعة الأولى ١٣١٦هـ المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ، المحلى لابن حزم ٨/١١٠ منشورات المكتب التجارى بيروت •

(٤) الشرح الكبير للدردير مطبوع مع حاشية الدسوقى ٣/٣٢٩ طبعة عيسى الحلبى ، روض الطالبين للنووى ٣/٤٧٣ دار الكتب العلمية بيروت / الكافى لابن قدامة المقدسى ٢/٢٢٧ المكتب الاسلامى ، شرائع الاسلام للحلى ٢/١٠٧ الطبعة الأولى ١٩٦٩م مطبعة الآداب فى النجف الأشرف ـ العراق •

وسواء سميت بالكفالة او بالضمان فالمراد هو بيان أحكام الكفالة وآثارها بعد الكلام عن تعريفها وتحقيق أركانها وذلك لبيان أهميتها فى ابراز التضامن والتكاتف الذى ينشأ بين الكفيل وبين المكفول عنه فى تحمله ما عليه للمكفول له فترتبط بين الثلاثة علاقة الدائنية والمديونية والمطالبة ونتيجة هذا الترابط ينشأ عقد الكفالة الذى سنحاول بيان تعريفه على النحو التالى :

**١ ـ تعريف الحنفية :**

عرفها الحنفية بأنها ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة وقيل فى الدين والأول أصح(٥) ٠

**شرح التعريف :**

المقصود بالضم الجمع ، أى جمع وقد يكون الجمع بين أشخاص وبين ذمم وبين أموال فكلمة الجمع أو الضم تعتبر عامة وباضافة الضم الى الذمم فى قوله ضم ذمة الى ذمة يخرج ضم الأشخاص والأموال ويقتصر معنى الضم على الذمم فقط ، والذمة فى اللغة هى العهد يدل لذلك قوله تعالى « لا يرقبون فى مؤمن الا ولا ذمة »(٦) ٠

فان الله يتحدث عن المشركين فانهم لا يراعوا عهودا بينهم وبين المؤمنين حيث قال أيضا « كيف وان يظهروا عليكم

---

(٥) فتح القدير ٣٨٩/٥ ، العناية على الهداية ٣٨٩/٥ ٠

(٦) اية ١٠ التوبة ٠

لا يرقبوا فيكم الا ولا ذمة »(٧) أى عهدا ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم « المسلمون تتكافىء دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم »(٨) .

ومعنى الذمة اصطلاحا هى وصف شرعى يصير به الانسان أهلا لما له وما عليه(٩) وقيل ان الذمة أمر شرعى مقدر وجوده فى الانسان يقبل الالزام والالتزام(١٠) .

ومعنى المطالبة هى طلب سداد الحقوق المتعلقة بالذمة أيا كان نوعها .

ولما كانت الذمة شيئا معنويا وما يتعلق بها غير ظاهر كانت المطالبة هى المظهرة لما يتعلق بالذمم ، وقول المعرف « الأول أصح » لأن اطلاق لفظ المطالبة أعم وأشمل ، لأنها لو قيدت بالدين انصبت عليه ولو قيدت بالعين لم تتعلق بغيرها ويبقى اطلاق المطالبة أعم وأشمل .

## ٢ ـ عند المالكية :

الناظر فى تعريفات المالكية يجد أنهم انقسموا الى قسمين منهم من عبر عن الكفالة بأنها الضمان وذكر لها تعريف الضمان ومنهم من عبر عنها بالحمالة وجعل الحمالة منتجة للضمان بل هو آثرها وذلك فيما يأتى :

---

(٧) آية ٨ التوبة .

(٨) سنن أبى داود ٢/٢٦٧ .

(٩) الأصول لصدر الشريعة ٣/١٥٢ .

(١٠) حاشية الحموى على الأشباه والنظائر ٣/٣١٠ .

يرى ابن الحاجب والقاضى والدردير ومن وافقهم من المالكية بأن الكفالة هى الضمان وعرفوه بأنه شغل ذمة أخرى بالحق(١١) ٠

**شرح التعريف :**

قوله شغل ذمة جنس فى التعريف يشمل الضمان والبيع والحوالة لأن ذمة البائع مشغولة بتسليم المبيع لا سيما فى السلم فاذا كان المسلم اليه غير مضمون لرب السلم فانه قد يأتى له من يضمنه فيكفل المسلم اليه فتكون ذمته مشغولة بتسليم المسلم فيه ، وقوله أخرى فصل يخرج البيع والحوالة اذ ليس بينهما شغل بل براءة ذمة ، وشغل الذمة المذكور فى التعريف من اضافة المصدر الى مفعوله ، أى أن يشغل رب الحق ذمة الكفيل مع الأولى أى المكفول عنه ، واطلاق الذمة تشمل الواحد والمتعدد(١٢) وقد عبر ابن عرفة فى حدوده عن الكفالة بالحمالة ولم يعبر عنها بالضمان وعرفها بأنها التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هوله(١٣) ٠

وبالرغم من أن ابن عرفة خالفهم فى التسمية وجاء بتعريف

---

(١١) الشرح الكبير للدردير مطبوع مع حاشية الدسوقى ٣/٣٣٠ ط عيسى الحلبى الحدود لابن عرفة ص ٣١٩ ط الأولى ١٣٥٠هـ المطبعة التونسية بتونس ٠

(١٢) الشرح الكبير للدردير ٣/٣٣٠ ٠

(١٣) الحدود لابن عرفة ص ٣١٩ ٠

مغاير لم يقف عند هذا الحد بل اعترض على التعريف السابق وقال ان شغل الذمة المذكور فى تعريفهم لا يتناول الحمالة وسبب ذلك أن شغل الذمة انما هو لازم الحمالة لا نفس الحمالة لأنها مكتسبة ، والشغل حكم غير مكتسب ينشأ عن المكتسب وهو الحمالة قياسا على الملك مع البيع فالبيع من فعل المكلف والملك ينتج عن هذا الفعل فنتج غير مكتسب عن مكتسب .

## شرح التعريف :

قوله « التزام دين » جنس فى التعريف والمقصود به أن تعمر ذمة الملتزم بالدين أيا كان نوعه سواء كان ناشئا عن كفالة أو حوالة أو غير ذلك ، وقوله « لا يسقطه » قيد فى التعريف أخرج التزام دين الحوالة ، وقوله « أو طلب من هو عليه لمن هو له » يدخل الحمالة بالوجه والحمالة بالطلب(١٤) .

## ٣- تعريف الشافعية :

عبر الشافعية عن الكفالة بالضمان وعرفوا الضمان بأنه « التزام حق ثابت فى ذمة الغير ، أو احضار من هو عليه أو عين مضمونه »(١٥) .

---

(١٤) شرح الحدود للرصاع التونسى مطبوع مع الحدود ص ٣١٩ ، ٣٢٠ .

(١٥) مغنى المحتاج للخطيب الشربينى ٢/١٩٨ طبعة مصطفى الحلبى زاد المحتاج بشرح المنهاج للكهوجى ٢/٢٢٣ المطبعة العصرية بيروت .

## شرح التعريف :

قوله « التزام » هو عبارة عن شغل الذمة بحق لم يكن عليها قبل ذلك وهو جنس فى التعريف لأن الالتزام بحق يمكن أن يكون على الملتزم أو على غيره كما يمكن أن يكون الحق ناتجا عن أى عقد من العقود ، وقوله « ثابت فى ذمة الغير » قيد اخرج به الحق الثابت فى ذمة الملتزم ويكون هذا المحق عليه أساسيا ، ويبقى الحق الثابت فى ذمة الغير ويلتزم به الكفيل ، وقوله « أو احضار من هو عليه » يفيد أن الكفالة كما تكون فى الأموال تكون فى الأشخاص بحيث يلتزم الكفيل باحضار من عليه الحق أمام الدائن وهو المكفول له والضمير هو يعود على الحق وعليه أى الذى عليه الحق وقوله « أو عين مضمونة » أفاد أن الكفالة كما تكون فى الأموال والأنفس تكون فى الأعيان .

قال الماوردى ان الضمان يستعمل فى الأموال والحمالة فى الديات والزعامة فى الأموال العظام والكفالة فى النفوس والصبارة فى الجميع هذا ما جرى به العرف(١٦) .

## ٤ - تعريف الحنابلة :

ذكر الحنابلة تعريفا للضمان وتعريفا للكفالة وقالوا ان الضمان هو ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه فى التزام

---

(١٦) مغنى المحتاج ٢/١٩٨ .

دينه(١٧) وعرفوا الكفالة بأنها التزام احضار المكفول به(١٨)

ويلاحظ من ذكر التعريفين أن الضمان خاص بالديون كما أنه يوحى بأن الضمان هو جمع للذمم لزيادة التوثيق

أما الكفالة فلا تقتصر على الديون بل تشمل الديون والأعيان والأنفس وأيضا الكفالة فيها احضار للمكفول به آيا كان ففى الكفالة ابراز للمكفول به فى المجلس ٠

**٥ ـ تعريف الشيعة الامامية :**

فرق الشيعة الامامية بين الضمان وبين الكفالة فقالوا : أن الضمان هو عقد شرع للتعهد بمال أو نفس(١٩) ٠

أما الكفالة فهى التعهد بالنفس أى التزام احضار المكفول فى طلبه المكفول له(٢٠) ٠

ويلاحظ أن الضمان أعم من الكفالة لأنه يشمل المال والنفس معا أما الكفالة فتقتصر على احضار النفس فقط بل تشترط الطلب للاحضار لأن التعريف يقول متى طلبه المكفول له

---

(١٧) المغنى لابن قدامة ٤/٥٩٠ مكتبة الرياض الحديثة ، الانصاف للمرادى ٥/١٨٩ دار احياء التراث العربى بيروت ٠

(١٨) الانصاف ٥/٢٠٩ ٠

(١٩) شرائع الاسلام للحلى ٢/١٠٧ ٠

(٢٠) شرائع الاسلام للحلى ٢/١١٥ ٠

## التعريف الراجح

بعد استعراض تعريفات الفقهاء على اختلاف مذاهبهم نرى أن الراجح هو ما ذهب اليه الحنفية وذلك لما يأتى :

١ - ان الحنفية فى تعريفهم عرفوا الكفالة دون أن يتعرضوا للضمان حيث قالوا هى ضم ذمة الى ذمة اى ذمة الكفيل الى ذمة المكفول عنه ٠

٢ - انهم قصروا الضم فى الذمم على المطالبة دون أن يتعداها الى غيرها ٠

٣ - الأحناف فى تعريفهم للكفالة لم يجعلوها قاصرة على الأشخاص فقط بل جعلوا الكفالة بالديون وبالأعيان وبالأنفس بخلاف غيرهم ، فان غيرهم منهم من جعل الضمان فى الديون فقط والكفالة فى الأشخاص والأعيان كالحنابلة والشيعة الامامية والبعض الآخر أعطى للكفالة تسمية الحمالة كابن عرفة ومن وافقه من المالكية والبعض الآخر سماها ضمان دون أن يذكر تعريفا للكفالة بصفة خاصة بل أعطاها تعريف الضمان كالشافعية وابن الحاجب والقاضى والدردير من المالكية ٠

٤ - ان تعريف الحنفية يوحى بأن الكفالة فعل للمكلف والضمان أثر هذا الفعل وهذا ما عبر عنه ابن عرفة من المالكية

عند اعتراضه على ابن الحـاجب حيث قال بأن الحمــالة فعل المكلف وهو مكتسب والضمان حكم غير مكتسب لأنه أثر فعل المكلف .

٥ ـ تسمية الأحناف للكفالة بهذا الاسم سواء كانت فى الديون أو الأعيــان أو الأنفس دونما تفـرقه أولى ممـا قاله المـاوردى من الشافعية حيث جعل لكل شىء اسما كما تقدم .

## الفصـــل الثـــانى

## أدلة المشروعية وسبب التسمية

ويحتوى سـببب تسـميتها وأدلة مشروعيتهـا وحـكمة مشروعيتهـا .

**أولا : سبب التســمية :**

أنه كان هنـــاك ملك أراد قتل جماعة من الأنبياء فكفلهم بنبى لدى هذا الملك فسمى هذا النبى بذى الكفل أى صـــاحب الكفالة وهذه التسمية لهذا النبى قد ذكرت فى القرآن الكريم تشريفا للتسمية وحفظا لها وتحصيلا للأجر لقارئها فى أكثر من آية مثلها قوله عز وجل « واذكر اسماعيل واليسع وذا الكفل كل من الأخيـــار »(١) .

**ثانيا : أدلة المشروعية :**

الكفالة عمـــل مشروع واقتراب الى الله أجره غير مقطوع وثوابه غير ممنوع يدل لذلك ما يأتى :

**١ ـ الكتـــاب :**

( أ ) قول الله ـ عز وجل ـ « وكفلها زكريا »(٢) .

---

(١) آية ٤٨ سورة ص .

(٢) آية ٣٧ سورة آل عمران .

**وجه الدلالة من الآية الكريمة :**

دلت هذه الآية على شرعية الكفالة بل على وجوبها عندما كانت مريم فى حاجة الى من يتعهدها ويقوم بحاجتها وضمها اليه زكريا وتعهدها بالرعاية امتثالا لأمر الله عز وجل لزكريا بدليل قوله تعالى « ايهم يكفل مريم »(٣) فكفلها زكريا ويمكن أن يكون زكريا تقبلها بقبول حسن وكفلها بمشيئة الله — عز وجل — وأيا ما كان سواء كان بأمر الله — عز وجل — أو بمشيئته فقد كفلها زكريا وتعهدها بالرعاية فدل ذلك على مشروعية الكفالة(٤) .

(ب) قوله تعالى « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم»(٥)

**وجه الدلالة :**

عندما أذن المؤذن وأخبرهم بضياع الصواع وقال ان من رده أتكفل بحمل بعير من الطعام له وأنا به زعيم أى كفيل فدل ذلك على مشروعية الكفالة(٦) .

---

(٣) آية ٤٤ سورة آل عمران .

(٤) الجامع الصحيح لأحكام القرآن للقرطبى ٤/٧٠ دار احياء التراث العربى بيروت .

(٥) آية ٧٢ سورة يوسف .

(٦) التسهيل فى علوم التنزيل لابن جزى ٢/١٢٤ مطبعة مصطفى محمد .

( جـ ) قوله تعالى « سلهم أيهم بذلك زعيم »(٧) ٠

ومعنى هذه الآية سلهم يا محمد أى قريش من منكم زعيم بهذه الأمور أى ضامن لهذه الامور لأن الزعيم هو الضامن للأمر القائم به(٨) ٠

**٢ - السنة :**

( أ ) ما رواه البخارى بسنده الى سلمة بن الأكوع أن النبى - صلى الله عليه وسلم - أتى برجل ليصلى عليه فقال : هل عليه دين ؟ قالوا نعم ، ديناران ، قال : هل ترك لهم وفاء ، قالوا : لا ، فتأخر فقيل لم لا تصلى عليه ، فقال : صلى الله عليه وسلم - ما تنفعه صلاتى وذمته مرهونة الا أن قام أحدكم فضمنه ، فقام أبو قتادة فقال هما على يا رسول الله ، فصلى عليه النبى - صلى الله عليه وسلم »(٩) ٠

**وجه الدلالة من الحديث الشريف :**

دل الحديث على مشروعية الكفالة لأن النبى - صلى الله عليه وسلم أقدم على الصلاة على المدين بعد أن ضمن أبو قتادة ما على الميت من دين وهذا اقرار من النبى - صلى الله عليه وسلم - على مشروعية الكفالة واذنه لأصحابه أن يتحملوا عن بعضهم البعض لأنه لم يعترض على أبى قتادة فى تحمله ٠

---

(٧) آية ٤٠ سورة القلم ٠

(٨) التسهيل ٤/١٤٠ ٠

(٩) صحيح البخارى ٥/٣٧٣ ٠

(ب) ما رواه أبو داود عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « الزعيم غارم »(١٠) .

**وجه الدلالة من الحديث الشريف :**

دل الحديث على عزم الزعيم الذى يتكفل بتحمل دين غيره فدل ذلك على أن الزعامة وهى الكفالة عمل مشروع .

**٣ ـ الاجماع :**

أجمع العلماء سلفا وخلفا دون أن يعترض أحدهم من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم على مشروعية الكفالة بل الحث عليها رغبة فى الثواب وهذا الاجماع قد رأينا أن مستنده من الكتاب ومن السنة لم يرد عليه أى غبار .

**ثالثا ـ حكمة مشروعية الكفالة :**

ان لمشروعية الكفالة حكمة جليلة منها تفريج الكرب بالنسبة للدائن والمدين أى الطالب والمطلوب أما من حيث الطالب وهو المكفول له فانه يخشى ضياع ماله والقلق على سداد دينه فاذا ما جاء الكفيل وتعهد للمكفول له بسداد دينه أو باحضار العين المضمونة له .

أو باحضار الشخص المطلوب ثبت فؤاده واستقرت نفسه وأمن ضياع حقه الذى قد يكون فى مسيس الحاجة اليه وفى

---

(١٠) سنن أبى داود ٢/١٤٦ ، سنن الترمذى ٢/٣٤ .

(١١) المغنى ٤/٥٩٠ ، المبسوط ١٩/١٦١ .

هذا تفريج لكربة أما من حيث المطلوب وهو المدين أو المكفول عنه فان الدين هم له بالليـل ومذلة له بالنهـار وشغل للذمة وضياع لهيبتـه فاذا ما وجد من يكفله لغيره فقد أزال همـه وفرج كربه واحتفظ بهيبتـه ولا يقصد الكفيل الا تفريج كرب المكفول له والمكفول عنه .

ومن حكمة مشروعية الكفالة أيضا أن الدائن قد يضيق على المدين ويشدد عليه الخناق خوفا من ضياع حقه وقد لا يجد المدين ما يوفى به حق الدائن ولا يستطيع الدائن أن يصـبر عليه فاذا ما جاء الكفيل وتحمل وقبل الكفالة خفف عن المدين الطلب فأزال عنه تضييق الخناق وفى نفس الوقت كفى الدائن شر القلق والاضطراب على ماله(١٢) .

## رابعـا : الفرق بين عقد الكفالة وبين ما يشبهه :

الناظر فى عقـد الكفالة يجد أنه عقد توثق ولذا اذ أردنا أن نفرق بينه وبين ما يشبهه لا نجد شبيها له الا عقدين فقط هما عقد الحوالة وعقد الرهن ولذا سنفرق بين عقد الكفالة وكلا من عقد الحوالة وعقد الرهن .

### أولا : اذا أردنا التفرقة بين عقد الكفالة وعقد الحوالة :

لابد أن نذكر أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف .

١ ـ أوجه الاتفاق بين عقد الكفالة وعقد الحوالة .

---

(١٢) العناية على الهداية ٣٨٩/٥ .

( أ ) أن كل منهما عقد بمعنى أن صفة العقد يتوافر لكل منهما فلابد فيهما من تلاقى الارادتين وتطابقهما حتى يقوم الارتباط ويتسنى الانعقاد فلا ينعقدان بارادة منفردة ٠

(ب) أن كلا منهما عقد رضائى بمعنى أنه لابد من توافر الرضا بين كل أطراف كل عقد منهما فلا يمكن اجراء عقد الكفالة أو الحوالة باكراه الكفيل أو المحيل أو المكفول له أو المحال عليه اذن فالرضا مقيد فى كل منهما ٠

( جـ ) أن كل منهما يحتوى على أربعة أركان فالكفالة أركانها هى الصيغة والكفيل والمكفول به والمكفول له أما الحوالة فأركانها الصيغة والمحيل والمحتال والمحال عليه فيتحد العقدان فى تعداد الأركان وان اختلفت الركنية فى كل عقد منهما ٠

( د ) ان كلا من العقدين ثبت بطريق الشرع بمعنى أن كل منهما له وصف شرعى وهو الجواز وثبت بدليل شرعى كتاب أو سنة أو غيرهما ٠

( هـ ) أن كلا منهما عقد وثيقة بمعنى أن الكفالة شرعت للتوثق فان المكفول له يثق فى ضمان حقه لتعلقه بذمة الكفيل والأصيل ومطالبة كل منهما عند حلول الأجل وكذلك الحوالة شرعت للتوثق فان المحال أو المحتال بدلا من ثبوت دينه فى ذمة المحيل وقد يعجز عن الوفاء فيتحول الى ذمة المحال عليه وقد يكون المحال عليه أملا من المحيل فيتوثق المحال من سداد

دينه لتحوله الى ذمة المحال عليه وفى ذات الوقت يمكن للمحال أن يرجع على المحيل اذا لم يقم المحال عليه بسداد الدين •

٢ ـ أوجه الاختلاف بين الكفالة والحوالة :

( أ ) من حيث الصيغة ان الكفالة لها صيغة تدل عليها وتميزها عن غيرها بحيث اذا ذكرت دلت على الكفالة وكذلك الحوالة له صيغة تختص بها اذا ذكرت دلت عليها ولا تحتمل غيرها •

(ب) ان عقد الكفالة موجبة ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل فى ضمان الدين والمطالبة به بخلاف الحوالة فان عقدها يقتضى انتقال الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه •

( جـ ) أن الدين فى الكفالة يكون مؤجلا بخلاف الدين فى الحوالة فانه يكون حالا •

( د ) الكفالة عقد تبرع من قبل الكفيل وليس فيها مقاصة أما الحوالة فليس فيها تبرع ويمكن فيها المقاصة لأن المحيل قد يكون له على المحال عليه فيحيل به المحال ولذلك يشترط البعض التساوى بين الدينين أى ما على المحيل للمحتال وما على المحال عليه للمحيل •

( هـ )أن الكفالة من حيث موضوع العقد تكون بالنفس وبالمال وبهما معا وبالعين أما الحوالة فتقتصر على الدين فقط

## ثانيا : الفرق بين الكفالة والرهن :

### ١ - أوجه الاتفاق بينهما :

( أ ) كل منهما يأخذ صفة العقدية أى أن كل من الكفالة والرهن ينعقد بتلاقى الارادتين وتطابقهما تطابقا تاما ·

(ب) أن كل منهما عقد وثيقة بمعنى أن كلا من الكفالة والرهن شرع للتوثق فالكفالة فيها ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل فى الدين والمطالبة وكذا الرهن وثيقة بضمان المرتهن حقه من المال المرهون اذا عجز الراهن عن الوفاء بالدين عند حلول الأجل ·

( جـ ) أن كل منهما عقد رضائى لأن الرضا يشترط فى سائر العقود وخصوصا اذا كان العقد يرتب التزاما أو يترتب عليه ضمانا ، بل ان الرضا لا يعد شرطا بل ركنا اذا فقد بطل العقد أصلا فلا يمكن اكراه أحد على الكفالة لما فيها من الضمان وكذا الرهن لا يمكن اكراه الراهن أو المرتهن ·

( د ) أن كلا منهما له أركان أربعة فالكفالة أركانها الكفيل والمكفول به والمكفول له والصيغة والرهن أركانه أربعة أيضا الصيغة والعاقدان والمال المرهون والدين المضمون وان اختلفت الركنية فى كل عقد منهما فالاتفاق من حيث العدد ·

### ٢ - أوجه الاختلاف بينهما :

( أ ) من حيث الصيغة فالكفالة لها صيغة تختص بها وتنبىء عن مدلولها وتمنع دخول غيرها فيها أو اشتراكها مع غيرها

وكذلك الرهن له صيغته المحددة لعقده فتدل عليه وتمنع دخول غيره معـه .

(ب) محـل الكفـالة المـال والديون والأنفس أما الرهن فيقع على شئ مجسم سواء كان عقارا أو منقولا .

( جـ ) الكفالة تنتهى بموت الكفيل أو الأصـيل وان بقى المكفول به على حاله بخلاف الرهن فانه لا ينتهى بالموت .

( د ) ان حلول الأجل فى الكفالة يوجب المطالبة وان لم يقم المكفول عنه بالوفاء فيلتزم الكفيـل بالوفاء بخلاف الرهن فان حلول الأجل فيه يترتب عليه الوفاء فان وفى الراهن فيها ونعمت والا انتقـل الوفاء الى الشئ المرهون فيباع ويسـتوفى المرتهن حقه من ثمنه .

والله أعلم

# الباب الثانى

## أركان عقـد الكفالة

الأركان جمع ركن ، والركن ما به قوام الشىء ، أو ماكان داخلا فى الماهية(١) ويترتب على فقـده بطلان ماهية الشىء وأركان الكفالة أمر ثار خلاف فيه بين الفقهاء فمنهم من قصر أركان الكفالة على ركن واحـد وهم الحنفية ومنهم من جعلها خمسة كالمالكية والشافعية والحنابلة وعدوها على النحو التالى

١ ـ الصيغة ٠

٢ ـ الكفيل ٠

٣ ـ المكفول له ٠

٤ ـ المكفول عنه ٠

٥ ـ المكفول به(٢) ٠

وبالرغم من هذا الخلاف فى تعداد أركان الكفالة ودوران الحصر بين ركن واحـد وخمسـة أركان نرى أن أركان الكفالة أربعة أركان هى الصيغة والكفيل والمكفول له والمكفول به وسبب

---

(١) المصباح المنير ص ٢٣٧ ، بلغة السالك ١/٨٩ ٠

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/٣٣٢ وما بعدها ، مغنى المحتاج ٢/١٣٨ ، المغنى ٥/٥٩٠ وما بعدها ٠

ذلك ان الأحناف الذين جعلوا أركانها ركنا واحد وهى الصيغة قالوا بعد ذكرهم للكلام عن الصيغة شرائط الركن وهذه الشرائط منها ما يرجع الى الكفيل ومنها ما يرجع الى المكفول له ومنها ما يرجع الى المكفول به ومنها ما يرجع الى المكفول عنه(٣) وهذه العبارة تجعل كل هذه أركانا لأنها تضع لكل شروطا خاصة به لتمييزه عن غيره ، وقد دأب الحنفية فى كل العقود على اعتبار أن الركن هو الصيغة ، والحقيقة أن الصيغة تعتبر أحد الأركان ولأن الصيغة تجمع بين الايجاب والقبول وهو ما يقع من الكفيل والمكفول له بينما أن الذى يدفع الى انشاء عقد الكفالة هو المكفول به وحاجة المكفول عنه فدل على أن هذه تعتبر أركانا وان لم يصرحوا بها كما أنه ربما صاروا على تعريف الشرط بأنه ما لا بد منه ليشمل الركن والشرط(٤) .

أما غير الحنفية الذين جعلوا أركان الكفالة خمس وقالوا أن المكفول عنه ركن فاننا نرى أنه ليس بركن ، لأنه سابق على انشاء عقد الكفالة وان كان سببها هو ، أو اعساره وعدم قدرته على السداد ، وأيضا فان المكفول عنه قد يكون غير موجود وغير معلوم ككفالة أبى قتادة لسداد دين الميت ، اذن فالمكفول عنه ليس بركن ، ومن ثم نرى أن أركان الكفالة أربعة سنحاول ابرازها وبيان ما فيها من أقوال للفقهاء حتى يتجلى عقد الكفالة فى الفصول التالية .

---

(٣) البدائع ٢/٦ دار الكتاب العربى بيروت .
(٤) انظر كتابنا الشهادات ص ٦٣ .

# الفصل الأول

## الصيغة

الصيغة تعتبر ركن من أركان عقد الكفالة ، وكل عقد له صيغة تدل عليه وتميزه عن غيره ولا تحتاج الى قرائن ولما كانت الكفالة عقد كسائر العقود كان لابد لها من صيغة تنبىء عنها وتدل عليها وتبرز محتواها بحيث اذا وجدت هذه الصيغة تبين العقد أنه كفالة بلا لبس ولا غموض .

والصيغة بصفة عامة هى التعبير عن ارادة طرفى العقد بما يشعر بتوافق الايجاب والقبول .

والكلام عن صيغة الكفالة يتجلى فيما يأتى :

### الألفاظ التى تنعقد بها الكفالة

الألفـاظ التى تنعقـد بها الكفالة قد تكون صريحة وغير صريحة وقد تكون مطلقة أو مقيدة وقد تكون معلقة على شرط، وهل يلزم القبول فى صيغة الكفالة أم لا .

### أولا : الألفاظ التى تنعقد بها الكفالة :

هى التى تدل على رغبة الكفيل فى ضم ذمته الى ذمة المكفول عنه فى المطالبة بما عليه من حق ولا تحتمل غير معنى الكفالة

وذلك كقول الكفيـل كفلت لك دينـك على فـلان أو تحملتـه أو تقبلتـه أو التزمته أو تكفلت ببـدنه أو أنا كفيل او زعيم أو حميل أو قبيل بما عليـه أو يقول الكفيـل على ما على فلان فهذه الألفاظ الصريحة فى انعقـاد عقد الكفـالة ذكرها كافة الفقهاء وجعلوها تدل على عقد الكفالة دون أن تحتمل غيره(١)

أما الألفـاظ غير الصريحة فهى التى تحتمل عقد الكفالة وغيره فتدل على عقد الكفالة بقرينة تمنع من دخول الغير فيـه وقد تدل على غير عقد الكفـالة اذ انعـدمت القرينة وذلك كأن يقول دينك الذى على فلان عندى ، فلفظ عندى تحتمل اليد أى فى يدى وتحتمل فى ذمتى وكلمـة اليد عند الاطلاق تحمل على اليد وعند قرينة الدين تحمل على الذمة ٠

وعند عدم وجود القرينة فان المرجع يكون الى النية فان كان قاصـدا بايجـابه الكفالة فانهـا تنعقد والا فلا(٢) هذا فى الايجـاب ٠

أما القبول فالألفـاظ الدالة عليه صراحة كقـول القابل قبلت أو رضيت فهذا صريح فى القبول لا يحتمل غيره ٠

---

(١) بدائع الصنائع ٢/٦ ، القوانين الفقهية لابن جزى ٣٢٠ مغنى المحتاج ١٩٨/٢ ، روضة الطالبين ٤٧٣/٣ ٠

(٢) حاشية الطحاوى ١٤٧/٣ ، بلغة السالك ١٤٤/٢ - حاشية قليوبى ٣٣٠/٢ ط احياء الكتب العربية ٠

**ثانيا : قد تكون الصيغة مطلقة أو مقيدة بشرط أو معلقة على شرط :**

١ ـ الصيغة المطلقة : أما صيغة الكفالة المطلقة فهى أن يقول الكفيل كفلت الحق دون أن يقيد ذلك بوصف أو بشرط أو غير ذلك فتنعقد الكفالة بالحق ويكون الحق بحسب تقرره على الأصيل فان كان حالا فالكفالة حالة وان كان مؤجلا فالكفالة مؤجلة(٣) .

**٢ ـ الصيغة المقيدة بالشرط :**

أما الصيغة المقيدة فهى الصيغة التى صاحبها قيد سواء كان القيد وصفا أو شرطا ، أما القيد بالوصف فمثاله أن يقول الكفيل كفلت الدين الذى على فلان على أن أؤديه بنقد معين وكانت البلد تتعامل بنقود متعددة كما لو كانت تتعامل بالدولار والجنيه والدينار والدرهم فيقول الكفيل كفلت دين فلان على أؤديه بالجنيه المصرى أما التقييد بالشرط فلا يخرج عن احدى ثلاث هى :

( أ ) التقييد باشتراط تأجيل الدين ان كان التقييد فى الكفالة متعلقا باشتراط تأجيل الدين فان الحكم يختلف باختلاف ما اذا كان الدين على الأصيل حالا أو مؤجلا .

١ ـ فان كان الدين حالا على الأصيل واشترط الكفيل

(٣) بدائع الصنائع للكاسانى ٥/١٣٣ مطبعة الجمالية .

تأجيله عليه الى وقت معلوم كشهر أو سـنة مثلا فهو جائز لأن الكفالة تبرع والحاجة تدعوا اليها فيتسامح فيها وتصح على حسب الالتزام(٤) ٠

ولأن التأجيل منصوص عليه فى عقد الكفالة باشتراطه ويترتب على هـذا القيد ثبوت الأجل فى حق الكفيل فلا يملك المكفول له مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل المشـترط وهـذا باتفاق الفقهاء ولكن هل يستفيد الأصيل بالأجل المنصـوص عليه فى عقد الكفالة ؟ ٠

اختلف الفقهاء فى ذلك :

يرى الشافعية والحنابلة أن الأصيل لا يستفيد من الأجل لأن التأجيل خاص بعقد الكفالة بل هو خاص بالكفيل فلايمتد الى الأصيل(٥) لانفصـال عقد المداينـة المبرم بين الأصيل والمكفول له عن عقد الكفالة ولسبقه عليه وهناك اسـتقلال بين العقـدين ٠

أما الحنفية فيرون تأجيل الدين بالنسبة للأصيل أيضا ، وعلتهم فى ذلك أن التأجيل فى نفس العقد يجعل الأجل صفة الدين فيلحق به والدين واحد وهو واجب أصلا على الأصيل فيصير عليه مؤجلا وهذا الخلاف فى التأجيل المنصوص عليه أثناء عقد الكفالة ٠

---

(٤) مغنى المحتاج ٢٠٧/٢ ٠

(٥) المغنى لابن قدامة ٦٠٠/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠٧/٢ ٠

أما اذا ذكر التأجيل بعد تمام عقد الكفالة فان التأجيل يختص بالكفيل فقط اتفاقا .

٢ ــ ان كان الدين مؤجلا فان الكفيل يستفيد من هذا الأجل لأن الدين ينتقل الى الكفيل بكافة أوصافه وشروطه ومن شروطه أن يكون مؤجلا ، والكفيل كالأصيل أما اذا طلب الكفيل أجلا أبعد من الأجل المضروب للأصيل صحت الكفالة بالأجل الجديد ولا يستفيد الأصيل بهذا الأجل لأن الأجل خاص بالكفيل فهو الذى طلبه ووافقه عليه المكفول له ومن حق المكفول له أن يوافق لأحد دون آخر(٦) .

( ب ) التقييد باشتراط تعجيل الدين المؤجل بمعنى أن الكفيل اشترط فى عقد الكفالة أن يعجل الدين المؤجل ، اختلف الفقهاء فى ذلك على مذهبين :

الأول : أنه يجوز التعجيل ولا مانع منه وهذا قول الحنفية والمالكية والأصح عند الشافعية(٧) وعلة ذلك أن الكفالة تبرع فكما جاز للكفيل أن يتبرع بالسداد جاز له أن يتنازل عن الأجل تبرعا والأجل حق مقرر للكفيل استنادا الى الأصيل ويجوز للكفيل أن يتنازل عن الحق المقرر له وفى تعجيله الدين تنازل عن تأجيله .

---

(٦) بدائع الصنائع ٣/٦ .

(٧) بدائع الصنائع ٣/٦ ، الشرح الكبير ٣٣١/٣ ، مغنى المحتاج ٢٠٧/٢ .

الثانى : أنه لا يقبل التعجيل بل يظل الدين مؤجلا وهو قول الحنابلة والصحيح عند الشافعية(٨) لأن التعجيل لا يلزم الأصيل لثبوت الأجل له ومن ثم فلا يلزم الكفيل وأيضا لأن الحق المكفول يثبت مؤجلا والتعجيل طارىء بل سيلغى وصفا سابقا والبقاء أفضل من الالغاء .

( جـ ) التقييد بشرط لا يتعلق بتأجيل أو تعجيل :

هذا الشرط اما أن يكون موافقا لمقتضى عقد الكفالة ولا يتنافى معه مثال ذلك كما لو قال الكفيل أكفله الى الحصاد أو أكفله على أن أؤدى الدين بالنقد الغالب وكانت البلد تتعامل بأكثر من نقد أو أكفله على أن ادفع الرائج فهذا شرط لا يتنافى مع عقد الكفالة ولذلك صح العقد والشرط اتفاقا ، أما اذا كان الشرط يتنافى مع مقتضى عقد الكفالة أو لا يتلاءم معه كما لو قال الكفيل أكفله ولى الخيار فقد اختلف الفقهاء فرأى الحنفية والشافعية والصحيح عند الحنابلة بطلان عقد الكفالة والشرط لأن الخيار جعل ليؤدى الى التروى والتفكير وعقد الكفالةالكفيل فيه على بصيرة من أمره بمعنى أنه يقدم على العقد ويعلم أنه متبرع والخيار يتنافى معه(٩) .

ومقابل الصحيح عند الحنابلة ومن وافقهم بطلان الشرط وصحة الكفالة(١٠) وذلك لأن الاعمال أولى من الاهمال والقول بصحة العقد فيه اعمال لعقد الكفالة والقول ببطلان الشرط فيه

---

(٨) الكافى ٢/٢٣١ ، مغنى المحتاج ٢/٢٠٧ .

(٩) المغنى لابن قدامة ٤/٦١٣ .

(١٠) المغنى ٤/٦١٣ .

اهمال لجزء الكلام لا كله ، واعمال الجزء وهو العقد واهمال الجزء وهو الشرط المنافى لمقتضى العقد أولى من اهمال الكل لا سيما أن الكفالة شرعت للحاجة ٠

( د ) الصيغة المعلقة على شرط :

أما اذا كانت صيغة الكفالة معلقة على شرط كما لو قال الكفيل أنا كفيل عن فلان ان قدم فلان من السفر أو ان هبت الريح أو نزل المطر فقد وقف الفقهاء من هذا العقد موقفا نبينه فيما يأتى :

١ ـ عند الحنفية قالوا ان الشرط اما أن يكون سببا لوجوب الحق أو ظهوره أو وسيلة لأدائه كما لو قال أنا كفيل ان استحق المدين أو أن كفيل ان اختفى المدين فهذا الشرط سبب فى ظهور الحق ووسيلة لأدائه ومن ثم فالعقد صحيح والشرط صحيح لأن الشرط يتمشى مع العقد فى اظهار الحق واثباته أما ان كان الشرط لا يترتب عليه وجوب الحق أو ظهوره أو الوصول الى المقصود منه مثاله كما لو قال الكفيل ان قدم فلان من السفر فأنا كفيله أو ان هبت الريح أو نزل المطر فأنا كفيله بطل الشرط والعقد معا(١١) ٠

٢ ـ أما الزيدية فقد أجازوا تعليق عقد الكفالة على الشرط مطلقا دونما تفرقه(١٢) لأن الشرط والعقد متلازمان ولا ينفك أحدهما عن الآخر والعقد شريعة المتعاقدين ٠

---

(١١) بدائع الصنائع ٦/٤ ٠

(١٢) شرح الأزهار ٣/٢٦٤ ٠

٣ ـ أما الشافعية فقد فصلوا القول على النحو التالى :

أولا : قالوا ان تعليق عقد الكفالة بالشرط يبطل العقد والشرط مطلقا لأن الشرط عادة ما يؤدى الى التنازع وعلى الأخص اذا أدى الى جهالة فاحشة ٠

ثانيا : يصح العقد اذ التعليق فى الكفالة جائز لعدم اشتراط القبول فيها ٠

ثالثا : التفصيل ، فان كان التعليق فى الكفالة بالمال فهو غير جائز لأن الأصل فيها عدم التعليق قياسا على البيع أما ان كان التعليق فى الكفالة بالنفس فيجوز لأنها مبنية للحاجة(١٣)

---

(١٣) مغنى المحتاج ٢/٢٠٨ ٠

# الفصل الثانى

## الـكفيل

الركن الثانى من أركان عقد الكفالة هو الكفيل وهو من يتعهد بالقيـام بأداء الحـق المكفول به للمكفول له ولمـا كان الكفيل هو طرف أساسى فى عقـد الكفـالة كانت ارادته مقيدة لأن تصرفه وابرامه لعقد الكفالة يعتبر العنصر الأساسى فى هذا العقـد ولذلك كان لابد من توافر شروط فيـه اتفق عليهـا الفقهـاء .

أولا : الشروط المتفق على وجوب توافرها فى الكفيل .

**١ - البلوغ :**

اتفق الفقهاء(١) على أنه يشـترط لصـحة عقد الكفالة بلوغ الكفيل ، لأن البالغ يكون مسـئولا عن تصرفه ويستطيع أن يتحمل كافة الحقوق ، وتتوافر لديه أهلية الوجوب والأداء معا ويكون صالحا لأن تتحمل ذمته الحقوق والواجبات ومن ثم لا يكفل الصبى غيره سواء كان غير مميز أو كان مميزا لأن غير

---

(١ ، ٢) بدائع الصـنائع ٥/٦ ، الاختيار للموذودى ٢/٢٤٢ مكتبة تاج الشرح الكبير للدردير ٣/٣٣٠ ، مغنى المحتاج ٢/١٩٨ ، الكافى ٢/٢٢٨ المغنى ٤/٥٩٨ .

المميز لا يملك التصرف مطلقا ، وأما المميز فإن الكفالة من عقود التبرعات وهى ضارة ضررا محضا فلا يملكها المميز وان أجازها الولى .

**٢ - العقـل :**

يشترط فى الكفيل أن يكون عاقلا أثناء ابرام عقد الكفالة باتفاق الفقهاء(٢) لأن العقل هو مناط التكليف وبمقتضاه يستطيع الكفيل أن يعقل الخطاب ويرد الجواب ويعتبر تصرفه وبمقتضى عقله يتضح موقفه ، ومع توافر عقله يقدم على عقد الكفالة الذى يعد من عقود التبرعات وهو يهدف الى ازالة الضرر عن المكفول عنه ويضم ذمته الى ذمة غيره ابتغاء مرضات الله ، ودفعا للحاجة وتفريج الكربة ولذلك فان فاقد العقل لا يصح عقد الكفالة منه فلا تصح كفالة المجنون ولا المعتوه .

ثانيا : الشروط المختلف فيها :

هناك شروط يختلف فيها بين الفقهاء وهى ما يأتى :

هل يشترط فى الكفيل ألا يكون محجورا عليه ، وهل تشترط الحرية فيه وهل يشترط يسار الكفيل أم لا ؟

نتكلم فى هذه الشروط على النحو التالى :

١ ـ الكلام عن شرط الحجر وعدمه يتجلى فيما يأتى :

( أ ) أن الصبى والمجنون يعتبران محجورا عليهما وكفالتهما ممتنعة كما تقدم لكن قد يكون الحجر لسفه فان كان الكفيل سفيها فهل تصح كفالته ؟ .

اختلف الفقهاء فى ذلك على مذهبين :

الأول : وهو لعامة الفقهاء عدا القاضى من الحنابلة يقولون بعدم جواز كفالة السفيه لما يأتى(٣) :

١ ـ لأنه محجور عليه لسفهه ، والحجر يمنع تصرفه مطلقا والكفالة تصرف فتمتنع عليه كسائر تصرفاته ، وأيضا لأن الكفالة فيها تبذير للأموال واتلافها وهو منهى عن ذلك .

الثانى : وهو للقاضى من الحنابلة أنه تصح كفالة السفيه وتكون موقوفة الى أن يزول سفهه ويفك حجره فيتبع بما عقده من كفالة أثناء سفهه ، وهذا لأن بعض تصرفات السفيه معتبرة كاقراره ونكاحه وطلاقه(٤) .

والراجح ما ذهب اليه الجمهور وهو القول بعدم صحة كفالة السفيه لأن الكفالة عقد تبرع وهو يؤدى الى افقاره وان أجيزت بنص تصرفاته فلأنها تحقق لها مصلحة ، والكفالة ليست كذلك، كما أن المكفول له قد لا يركن الى السفيه فى ضمان حقه .

---

(٣) بدائع الصنائع ٦/٤ ، الشرح الكبير للدردير ٣/٣٣٠ ، مغنى المحتاج ٢/١٩٨ ، الكافى ٢/٢٢٨ .

(٤) المغنى لابن قدامة ٤/٥٩٨ .

٢ ــ هل تشترط الحرية فى الكفيل أم لا ؟

نفرق بين العبد المـأذون له فى الكفالة وغير المـأذون له أما المـأذون له فى الكفالة تصح كفالته اتفاقا(٥) لأن حق المكفول له المـالى المبنى على الكفالة لا يتعلق بالعبد وانما يتعلق بسيده واذن سيده له بالكفالة يجعلها صحيحة ولازمة ومنتجة لآثارها .

أما اذا كان العبد غير مأذون له بالكفالة فقد وقع الخلاف فى صحة عقده للكفالة الى مذهبين :

الأول : ما قال به أبو حنيفة والحنابلة وبعض المـالكية والشافعية فى الأصح عندهم والامامية والاباضية(٦) أن كفالة العبـد غير المـأذون له لا تصـح وعلتهم فى ذلك ان الـكفالة تبرع والعبـد غـير المـأذون له ليس من أهـله ، كمـا أن الكفالة فيهـا حق مالى والعبد لا مال له بل هو وما ملكت يداه لسـيده .

---

(٥) حاشية ابن عابدين٤/٣٤٩ ط دار سعادة ، المنتقى للباجى٦/٨٥ ط مطبعة السعادة ، الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ٢/٣٨ ، كشـاف القناع للبهوتى ٣/٣٦٦ مكتبة النصر الحديثة .

(٦) بدائع الصنائع ٦/٦ ، الشرح الكبير للدردير ٣/٣٣٢ ، الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ٢/٣٨ ، الكافى٢/٢٢٨ ، مستمسك العروة الوثقى ١٨/٢١٨ ، شرح النيل وشفاء العليل ٤/٦٤٤ .

الثانى : ذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن وزفر من الحنفية وبعض المالكيه والشافعية فى وجه مرجوح وبعض الامامية(٧) الى أن كفالة العبد غير المأذون له صحيحة الا أنها غير لازمة ودليلهم على ذلك أن العبد من أهل التصرف لأنه بالغ عاقل فيكون تصرفه صحيحا قياسا على اقراره باتلاف مال الغير ، وكفالته لا ضرر فيها على سيده اذ يثبت الحق فى ذمته ويتبع به بعد عتقه ، كما أن السيد لا يملك من العبد الا الرقبة دون الذمة .

والراجح لدينا ان العبد غير المأذون له لا تصح كفالته لأنه ليس من أهل الضمان كما أنه لا يملك مالا ، ولماذا تعلق نفاذ كفالته على عتق محتمل قد يحدث وقد لا يحث .

٣ ـ هل يشترط علم المكفول له بعسر الكفيل أم لا ؟

**علم المكفول له بعسر الكفيل :**

اختلف الفقهاء على مذهبين :

الأول : ما قال به الحنفية والمالكية والحنابلة والامامية والشافعية فى الأصح عندهم أن كفالة المعسر صحيحة مادام المكفول له يعلم بعسر الكفيل وتظل الكفالة لكن المكفول له لا يزاحم الغرماء فى مال الكفيل وسبب ذلك هو علم المكفول له

---

(٧) بدائع الصنائع ٦/٦ ، الشرح الكبير للدردير ٣/٢٣٢ ، الاقناع ٢/٣٨ ، مستمسك العروة الوثقى ١١/٢١٨ .

بعسر الكفيل وأيضا ان دين الكفالة قد جاء بعد الحكم بعسر الكفيل فلا مجال لمشاركة المكفول له غرماء الكفيل وأما صحة كفالته فانها ناتجة عن صحة عبارته وصحة تصرفه لأن عسره لا يمنعه من التصرف ولا يعتبر سببا فى الحجر على عبارته(٨) .

الثانى : ان كفالة المعسر غير صحيحة وقد قال بذلك الشافعية فى مقابل الأصح وبعض السنية الأباضية وذلك لأن مصلحة المعسر تقتضى عدم صحة كفالته للضرر الواقع عليه وان كان ضررا مؤجلا والضرر يزال ، وكذلك الضرر بغرمائه على الأقل فانهم يعدون فى حالة قلق على ديونهم وان كان المكفول له لا يزاحمهم على القول الأول الا أن كاهل الكفيل يكون مثقلا وهذا يضربه(٩) .

والراجح المذهب الثانى القائل بعدم صحة كفالة الكفيل المعسر الذى يعلم المكفول له بعسره وذلك لأنه ضرر بالكفيل والمكفول له والضرر منتفى ولأنه لا ضرر ولا ضرار .

وهذه الأحكام السابقة تنطبق فى حالة جهل المكفول له بعسر الكفيل ، لأن الفقهاء لم يفرقوا بين علم المكفول له بعسر الكفيل أو جهله .

---

(٨) حاشية ابن عابدين ٤/٣٤٩ ، بدائع الصنائع ٦/٦ ، حاشية الدسوقي ٣/٣٣٠ المهذب للشيرازى ١/٣٩١ طبعة الحلبي ، نهاية المحتاج ٤/٣٠٦ طبعة الحلبى ، مستمسك العروة الوثقى ١١/٢١٧ .

(٩) نهاية المحتاج ٤/٣٠٦ ، شرح النيل وشفاء العليل ٤/٦٥٥ .

٤ ـ هل يشترط علم الكفيل بالمكفول له :

لما كانت الكفالة تنعقد بتلاقى ارادتى الكفيل والمكفول له كشأن سائر العقود وينعقد بتلاقى ارادتهما وتطابقهما نتج عن هذا تساؤل هل يشترط علم الكفيل بالمكفول له ؟ والمقصود بعلم الكفيل أن يعرفه معرفة تامة نافية للجهالة ، وللاجابة على هذا التساؤل رأينا أن الفقهاء لهم فى ذلك اتجاهين :

الأول : ما اتجه اليه أبو حنيفة ومحمد بن الحسن من الحنفية والشافعى فى قول والقاضى أبو يعلى والامامية فى قول الى أنه يشترط علم الكفيل للمكفول له(٩) .

الثانى : ما اتجه اليه المالكية والحنابلة والشافعى فى قول وأبو يوسف من الحنفية والزيدية والامامية فى قول أنه لا يشترط علم الكفيل بالمكفول له(١١) .

**الأدلة**

استدل فقهاء الاتجاه الأول لما ذهبوا اليه من اشتراط علم الكفيل بالمكفول له أن الكفالة عقد والعقد لا يتم الا بتلاقى ارادتى المتعاقدان وتطابقهما .

---

(١٠) بدائع الصنائع ٦/٦ ، ابن عابدين ٤/٣٧٢ ، مغنى المحتاج ٢/٢٠٠، المغنى مع الشرح الكبير ٥/٧١ ، مستمسك العروة الوثقى ١١/٢٣١

(١١) التاج والاكليل للموا: ٥/١٠١ مطبعة السعادة ، مغنى المحتاج ٢/٢٠٠ المغنى مع الشرح الكبير ٥/٧١ ، فتح القدير ٥/٤١٧ ، البحر الزخار ٥/٧٦ مطبعة السنة المحمديه .

ولا يمكن تلاقى الارادتين وتطابقهما الا اذا علم كل منهما بالآخر علما نافيا للجهالة ومن ثم اقتضى أن يعلم الكفيل بالمكفول له وأيضا لابد من علم الكفيل بالمكفول له لاحتمال أن يعجز المكفول عنه عن سداد الحق فيقوم الكفيل بالسداد فلمن يسدد إذا كان يجهله .

واستدل فقهاء الاتجاه الثانى لما ذهبوا اليه من عدم اشتراط كون الكفيل عالما بالمكفول له بالسنة والقياس .

( أ ) من السنة ما روى عن سلمة بن الأكوع قال : كنا عند النبى صلى الله عليه وسلم فأتى بجنازة فقالوا يا رسول الله صلى عليها ، قال : هل ترك شيئا ، قالوا لا ، فقال : هل عليه دين ، قالوا ثلاثة دنانير ، قال : صلوا على صاحبكم ، فقال أبو قتادة : صل عليه يا رسول الله وعلى دينه فصلى عليه»(١٢)

**وجه الدلالة من الحديث الشريف :**

أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى على الميت بمجرد ضمان أبو قتادة ، وقد ضمن أبو قتادة مع جهله بالمكفول له فدل ذلك على عدم اشتراط علم الكفيل بالمكفول له .

(ب) ما روى عن أبى سعيد الخدرى - رضى الله عنه - قال: أوتى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بجنازة ليصلى عليها فتقدم ليصلى ، فالتفت الينا فقال : هل على صاحبكم دين ؟

---

(١٢) السنن الكبرى للبيهقى ٧٢/٦ طبعة مجلس دائرة المعارف الاسلامية بالهند .

قالوا : نعم ، قال : هل ترك له من وفاء ؟ قالوا : لا ، قال: صلوا على صاحبكم ، قال على بن أبى طالب - رضي الله عنه - على دينه يا رسول الله ، فصلى عليه وقال جزاك الله يا على خيرا كما فككت رهان أخيك(١٣) .

## وجه الدلالة من الحديث الشريف :

دل الحديث على أن الامام على كرم الله وجهه ضمن ما على الميت من دين ولم يكن يعرف المضمون له وهو دائن الميت وأقره النبى - صلى الله عليه وسلم على ذلك وقبل الصلاة على الميت فدل ذلك على أنه لا يشترط علم الكفيل بالمكفول له .

### (ب) القياس :

ان الكفيل قد التزم بوفاء دين غيره والكفالة وثيقة للضمان لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولا يشترط فيها علم الشاهد بالمشهود له فكذلك فى الكفالة لا يشترط علم الكفيل بالمكفول له .

## الرأى الراجح

هو الثانى الذى لم يشترط علم الكفيل بالمكفول له لاستدلاله بأدلة نقلية وعقلية ، وأيضا ان الأدلة النقلية احتوت

---

(١٣) السنن الكبرى للبيهقى ٦/٧٢ .

على قولين وهى الحديثين المذكورين وسنة فعلية وهى صلاة النبى صلى الله عليه وسلم عن المكفول عنه وتقريرية وهو اقرار ما فعله الامام على رضى الله عنه ، ومثل هذه الأدلة احتوت على كافة أقسام السنة أو غالبيتها من قولية وفعلية وتقريرية وأيضا القياس لا تناقض فيه .

وهذه الأحكام برمتها تنطبق على علم الكفيل بالمكفول عنه

ولما كانت تنطبق عليها بحزافيرها آثرنا عدم تكرارها

# الفصل الثالث

## المكفــول له

الركن الثالث من أركان عقد الكفالة هو المكفول له وهو الدائن أو من له الحق المكفول به وسنحاول الكلام عن الأحكام المتعلقة به وذلك على النحو التالى :

**أولا : أهلية المكفول له :**

الأهلية المقصود بها الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات وتعرف هذه الأهلية بأهليـــة الأداء وليست بأهليـــة الوجوب ، لأن أهلية الوجوب تثبت للشخص منذ ولادته وهل تشترط أهلية التعـــاقد فى المكفــول له أم لا ؟ وسبب هـــذا التساؤل هو لابد من قبول المكفول له أولا نشترط قبوله ومن ثم جاء الكلام عن أهلية المكفول له وبالبحث والتأمل رأينا أن الفقهاء انقسموا الى فريقين :

الفريق الأول : وهم أبو حنيفة ومحمـــد بن الحســـن من الحنفية والامامية والشافعى فى قول ذهبوا الى أنه يشترط أن يكون المكفول له من أهل القبول أى متمتعا بأهلية التعاقد(١)

---

(١) بدائع الصنائع ٣/٦ ، نهاية المحتاج للرملى ٤/٤٢٤ ط مصطفى الحلبى .

كما يشترط قبوله الكفالة وحضوره أو من ينوب عنه مجلس العقد فان لم يكن أهلا للتعاقد فلا تصح الكفالة ومن ثم فالمجنون والصبى الذى لا يعقل ليس من أهل التعاقد فلا يكون مكفولا له ولا يجيز له وليه وحجتهم فى ذلك أن الكفالة فيها معنى التمليك قياسا على البيع والتمليك لابد فيه من الأهلية(٢) وكذا القبول وحضور العقد .

الفريق الثانى : وهم المالكية والحنابلة والشافعى فى قول وأبو يوسف من الحنفية والزيدية(٣) يرون أنه لا يشترط أن يكون المكفول له أهلا للتعاقد ومن ثم فيجوز أن يكون المكفول له صبيا وان كان لا يعقل وكذلك المجنون والمعتوه والسفيه ولا يشترط قبوله للعقد ولا حضوره مجلس العقد وحجتهم فى ذلك .

ما رواه سلمة بن الأكوع - رضى الله عنه - قال كنا عند النبى صلى الله عليه وسلم فأتى بجنازة فقالوا يا رسول الله صلى عليها قال هل ترك شيئا ، قالوا : لا ، فقال : هل عليه دين ، قالوا : ثلاثة دنانير ، قال : صلوا على صاحبكم ، فقال أبو قتادة : صل عليه يا رسول الله وعلى دينه ، فصلى عليه »(٤)

---

(٢) البدائع ٣/٦ .

(٣) شرح منح الجليل ٢٥٢/٣ ، نهاية المحتاج ٤٢٤/٤ ، المغنى مع الشرح الكبير ٧١/٥ ، فتح القدير ٤١٧/٥ ، البحر الزخار ٧٦/٥ .

(٤) السنن الكبرى للبيهقى ٧٢/٦ .

**وجه الدلالة من الحـديث :**

دل هذا الحديث وغيره على أن قبول المكفول له غير معتبر بل المعتبر ايجـاب الكفيل ، ولو كان قبوله معتبرا لسـأل عنه النبى صلى الله عليه وسلم أبا قتادة لكنه لم يسـألة بل اكتفى بمجرد ايجاب أبى قتـادة ويدل هذا على عدم اشـتراط أهلية المكفول له اذ لو كانت أهليته مشترطة لبحث عنه النبى - صلى الله عليه وسلم - وعرف أنة أهل أو غير أهل وهذا هو الراجح.

# الفصل الرابع

## المكفول به

### الركن الرابع

المكفول به هو عبارة عن ما يضمنه الكفيل للمكفول له ، ويتنوع هذا المضمون الى مال والكفالة فى هذه الحالة تسمى كفالة بالمال وقد يكون المكفول به نفسا فتسمى الكفالة بالنفس ولهذا سنتكلم عن أقسام الكفالة كل قسم على حدة مع ذكر شروطه وتحقيق أقوال العلماء فيه .

## القسم الأول

## الكفالة بالمال

ولها ثلاثة أقسام :

القسم الأول : الكفالة بالعين ومعناها الكفالة بتسليم عين معينة للمكفول له ويشترط فيها أن تكون مضمونة على الأصيل بنفسها ومثالها العين المغصوبة والعين المقبوضة على سوم الشراء(١) .

---

(١) وخالف المالكية فى ضمان الأعيان فقالوا بعدم جواز ضمانها على لعدم امكان ردها بذاتها بعد الهلاك حاشية الدسوقى ٣/٣٣٤ .

الثانى : الكفالة بالفعل وهى الكفالة بالتسليم بشكل عام أى بتسليم ما يستحقه المكفول له قبل الأصيل وذلك كالكفالة بتسليم البائع المبيع للمشترى والكفالة بتسليم الرهن للراهن بعد أداء ما عليه من دين والكفالة بتسليم العين المستأجرة للمؤجر بعد انتهاء مدة الاجارة والفرق بين الكفالة بالفعل والكفالة بالعين أنه فى الكفالة بالعين لو هلكت العين أو تلفت قبل التسليم لا تبطل الكفالة وانما تظل قائمة حتى يأخذ المكفول له مثل العين ان كانت مثلية أو قيمتها ان كانت قيمية أما فى الكفالة بالفعل ان هلك الشىء المضمون أو تلف قبل التسليم بطلت الكفالة بالفعل لأن المطلوب فى الكفالة بالفعل هو التسليم والتسليم غير ممكن بعد هلاك المحل الواجب تسليمه لفقد القدرة على التسليم(٢) .

الثالث : الكفالة بالدين كالكفالة بثمن المبيع ان استحق هذا على سبيل المثال والمكفول به فى الكفالة بالدين يشترط فيه الشروط الآتية :

١ ـ أن يكون الدين صحيحا لازما أو آيلا الى اللزوم وقد اتفق الفقهاء على أن الدين ان كان لازما صحت الكفالة به لثبوته فى ذمة الأصيل وهو المكفول عنه أما اذ كان الدين غير لازم ولكنه آيلا للزوم فقد اختلف الفقهاء فى صحة الكفالة به على مذهبين :

المذهب الأول : لجمهور الفقهاء وهم الحنفية والمالكية

---

(٢) بدائع الصنائع ٦/٧ نهاية المحتاج ٤٤٣/٤ .

والحنابلة والشافعى فى القديم والشيعة الامامية والزيدية ويرون آن الدين الآيل للزوم كالجعل فى عقد الجعالة قبل تمام العمل تصح الكفالة به(٣) ·

المذهب الثانى : للظاهرية والشافعى فى الجديد ويرون أن الدين الآيل للزوم لا تصح به الكفالة(٤) ·

## الأدلة

استدل جمهور الفقهاء على صحة الكفالة بالدين الصحيح الآيل للزوم بالكتاب والسنة والمعقول ·

### ١ - الكتاب :

قوله عز وجل « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم »(٥) ·

### وجه الدلالة من الآية الكريمة :

عندما نادى المنادى بين اخوة يوسف أن من رد الصواع سيأخذ حمل بعير والمنادى كفيل بتسليم الجعل والجعل غير لازم وقت الكفالة الا أنه سيؤل الى اللزوم بعد تمام العمل فنزل منزلة

---

(٣) بدائع الصنائع ٧/٦ ، حاشية ابن عابدين ٣٤٨/٤ ، مواهب الجليل للخطاب ٩٩/٥ مطبعة السعادة ، مغنى المحتاج ٢٠٠/٢ ، الاقناع مع حاشية المدابغى ٣٨/٣ المطبعة العامرية ، مستمسك العروة الوثقى ٢٣٢/١١ ، البحر الزخار ٧٦/٥ ·

(٤) المحلى لابن حزم ١١٧/٨ المطبعة المنيرية ، نهاية المحتاج ٤٢٤/٤

(٥) آية ٧٢ سورة يوسف ·

اللازم وصحت به الكفالة فدل ذلك على صحة كفالة الدين الآيل للزوم .

**٢ - من السنة :**

ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « الزعيم غارم » .

**وجه الدلالة من الحديث الشريف :**

أن الحديث عام فأوجب عموم الضمان على الغارم سواء كان الدين لازما أو آيلا للزوم دونما تفرقة بينهما ويبقى العام على عمومه ما لم يرد ما يخصصه ولم يرد فيبقى شاملا للدينين اللازم والآيل اليه .

**٣ - من المعقول :**

أن الحاجة ماسة الى الكفالة فى الدين الآيل الى اللزوم كالدين اللازم سواء بسواء بجامع الحاجة فى كل منهما ، كما هو الحال فى ضمان الدرك كأن يقول الكفيل للمشترى أنا كفيل برد الثمن متى ظهر المبيع مستحقا لأحد فالمشترى فى هذه الحالة يسلم الثمن كاملا ولا يأمن استحقاق المبيع ولا يمكنه أن يأخذ فى مقابل الثمن رهنا ولا يمكنه أن يستوثق بالشهادة فلم يبق ما يستوثق به الا الكفالة(٦) .

---

(٦) المهذب ١/٣٤٣ ، المغنى والشرح الكبير ٥/٧٦ ، مغنى المحتاج ٢٠١/٢ .

واستدل فقهاء المذهب الثانى القائلين بعدم جواز الكفالة بالدين الآيل الى اللزوم بما يأتى :

١ - ان الكفيل اذا ضمن الدين الآيل الى اللزوم ضمن واجبا فى حين أن هذا الواجب الذى ضمنه لم يثبت بعد فى ذمة الأصيل فكيف يوجب على نفسه شيئا لم يجب على المكفول عنه لهذا قلنا أن الكفالة لا تصح فى الدين الآيل الى اللزوم .

**مناقشة هذا الدليل :**

أن عقد الكفالة من عقود التبرع تدعو اليه الحاجة والحاجة كما تظهر فى الدين اللازم تظهر فيما يؤول الى اللزوم كما أن تحقيق القربة من الله وتحصيل المثوبة ومساعدة المحتاجين تظهر فى الدين الذى يؤول الى اللزوم كالدين اللازم سواء بسواء(٧) .

٢ - ان الكفالة وثيقة لضمان الدين والدين لابد أن يكون لازما فان كان آيلا للزوم يوجب التوثق قبل لزوم الدين وهو ممتنع قياسا على الشهادة التى تؤدى الى التوثق من اثبات الحق المشهود به فليس من المعقول أن يشهد على حق غير ثابت كذلك الدين الآيل الى اللزوم لا يمكن ضمانه قبل لزومه(٨) .

---

(٧) فتح القدير ٥/٤٠٣ .

(٨) شرح الجلال المحلى ٢/٣٢٥ .

## الرأى الراجــح

والراجح ما ذهب اليه الجمهور من صــحة الكفالة بالدين الآيل الى اللزوم وذلك للأسباب الآتية :

١ ـ لقوة أدلتهم حيث استدلوا من الكتاب والسنة والمعقول ومخالفهم لم يستند الا الى معقول يمكن رده ٠

٢ ـ ان التوثق بين الناس يقتضى صحة ضمان الدين الآيل للزوم والكفــالة به تدعو الى الثقــة وكثرة المعــاملات والاطمئنان من وقوع الخصومات ٠

٣ ـ ان عقد الكفالة أساسه التبرع ومادام الكفيل يقدم على التبرع فان تبرعه بضــمان الدين الآيل للزوم كضــمانه للدين اللازم لأنه متبرع فى كل منهمــا ، ألا ترى أن أيلولة الدين الى اللزوم توحى بأن هذا الدين متأكد من حصوله أو قرب وقوعه فى ذمة المكفول عنه بل ان صحت الكفالة به تشــجع المكفول عنه على الالتزام به وان لم يقع وبناء على ذلك يصح ضمان ثمن المبيع فى قوة الخيار ونفقة الزوجة المستعجلة ومهر المرأة قبل الدخول وغير ذلك(٩) ٠

### ٢ ـ أن يكون المكفول به معلوما :

يشترط أن يكون المكفول به معلوما حتى تصــح الكفالة وهذا باتفاق الفقهــاء والمعلوم لابد أن يكون معلوم القــدر

---

(٩) حاشية الدسوقى على الشرح الـكبير ٣/٣٣٣ ، فتـح القدير ٥/٤٠٣ ، مغنى المحتاج ٢/٢٠١ ، المغنى مع الشرح الكبير ٥/٧٦ ٠

والجنس والصفة حتى لا تكون هناك جهالة فى المكفول به ، لأن جهالته قد تؤدى الى التنازع بين الكفيل والمكفول له من جهة وبينه وبين المكفول عنه من جهة أخرى فالكفيل يريد تسليم مائة والمكفول له يريد أكثر من ذلك والمكفول عنه عندما يرجع عليه الكفيل يريد دفع أقل من المائة وهذه جهالة تفضى الى المنازعة والتشاحن والتباغض فالمقصود الأسمى منها هو أن الكفيل يريد الحصول على الثواب ومع الجهالة تقع المنازعات والتشاحن وقد لا يتحقق ثوابا ولهذا اشترط الفقهاء أن يكون المكفول به معلوما وهذا اتفاقا لكن ما هو الحكم فيما لو أقدم الكفيل على الكفالة بالمجهول ؟ فهل تصح الكفالة ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك فمنهم من رأى صحة الكفالة وان صحت التزم الكفيل بتسليم المكفول به وان كان مجهولا له وقد قال بهذا الرأى جمهور الفقهاء وهم الحنفية والمالكية والحنابلة والامامية والزيدية والشافعى فى القديم(١٠) .

وخالف الظاهرية والشافعى فى الجديد وابن أبى ليلى والليث وابن المنذر جمهور الفقهاء وقالوا بأن الكفالة بالمجهول

---

(١٠) فتح القدير ٥/٤٠٣ ، بدائع الصنائع ٦/٩ ، مواهب الجليل ٥/٩٩ ، حاشية الدسوقى ٣/٣٣٣ ، المغنى مع الشرح الكبير ٥/٧٢ ، مستمسك العروة الوثقى ١١/٢٣٢ البحر الزخار ٥/٧٦ ، شرح الجلال المحلى ٢/٣٢٦ .

لا تصح وإن أقدم الكفيل على الكفالة بالمجهول فلا يلتزم بتسليم المكفول به لبطلان عقد الكفالة(١١) ٠

## الأدلة

**أولا أدلة جمهور الفقهاء القائلين بصحة الكفالة بالمجهول :**

واستدلوا بالكتاب والسنة والمعقول ٠

**١ ـ الكتاب :**

قوله تعالى « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم »(١٢) ٠

**وجه الدلالة من الآية الكريمة :**

ان الآية أجازت الكفالة بحمل البعير ، والحمل مجهول ؛ لأن الأحمال تختلف بحسب قوة البعير وضعفه ، كما أن الشيء المحمول يختلف من شيء الى آخر فدل ذلك على صحة الكفالة بالمجهول ٠

**ويناقش هذا :**

بأن الجهالة هنا ليست فاحشة فلا تفضى الى المنازعة لأن أحمال البعير متقاربة وقد تقع معلوميتها بالعرف فتنتفى **الجهالة** ٠

---

(١١) المحلى لابن حزم ١١٧/٨ ، نهاية المحتاج ٤٢٨/٤ ، فتح القدير ٤٠٣/٥ ٠

(١٢) آية ٧٢ سورة يوسف ٠

ورد المناقشة :

وردت هذه المناقشة بأن مبدأ الجهالة موجود فى المكفول به قل أو كثر سواء كانت جهالة كثيرة أو يسيرة ووجود المبدأ واقرار الآية له دليل على الصحة لأن الآية لم تفرق بين الجهالة الكثيرة واليسيرة وجواز اليسيرة لا يمنع من صحة الجهالة الكثيرة لأن التفرقة بين الجهالتين تحتاج الى دليل ولا دليل .

٢ ــ من السنة :

قول النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ الزعيم غارم .

وجه الدلالة من الحديث :

ان النبى صلى الله عليه وسلم جعل الزعيم وهو الكفيل غارم بالمكفول به علمه أو لم يعلمه دونما تفرقة بين ما اذا كان المكفول به معلوما أو مجهولا فقد أقر النبى صلى الله عليه وسلم بغرم الزعيم وان لم يعلم قدر ما يغرمه .

٣ ــ من المعقول :

ان الكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله تعالى أو رفع الضيق عن الحبيب فلا يبالى بما التزم فى ذلك

ويدل على ذلك اقدامه بلا تعيينه للمقدار حين قال ما كان عليه فعلى فكان مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة(١٣) ٠

**ثانيا ـ أدلة القائلين بعدم صحة الكفالة بالمجهول :**

واستدلوا بالكتاب والسنة والمعقول ٠

١ ـ من الكتاب قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم »(١٤) ٠

**وجه الدلالة من الحديث :**

نهت الآية عن أكل أموال الناس بالباطل ولم تجز الحصول عليها الا عن تراض والكفالة بالمجهول تعتبر من قبيل أكل الأموال بالباطل فيكون منهيا عنها لأن الكفيل يضجر اذا كان المكفول به كبيرا ولا يعلم قدره فيفاجأ به لذا كان العلم بالمكفول به لابد منه ٠

**٢ ـ من السنة :**

قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه »(١٥) ٠

---

(١٣) فتح القدير ٥/٤٠٣ ٠

(١٤) آية ٢٩ سورة النساء ٠

(١٥) نيل الأوطار للشوكانى ٥/٢٤٥ المطبعة العثمانية ، سنن الدارقطنى ٣/٢٥ طبعة دار محاسن للطباعة ٠

**وجه الدلالة من الحديث الشريف :**

دل الحديث على حرمة مال المسلم وعدم الحصول عليه الا اذا طابت به نفسه وطيب نفس الكفيل لا يوجد ولا يتحقق الا اذا كان المكفول به معلوما لكى يستطيع أداءه للمكفول له ، اما اذا كان المكفول به مجهولا فلا يعرف الكفيل الشىء الذى يقوم بسداده ومن ثم لا تطيب به نفسه وبناء على ذلك لا تصح الكفالة بالمجهول .

**مناقشة هذا الدليل :**

ويناقش هذا الدليل بأن عقد الكفالة قائم أساسا على التبرع وينتفى فيه الاجبار ويتوافر فية الرضا ، والكفيل يقدم على اجرائه ابتغاء وجه الله لتحصيل الثواب وتفريج الكرب ، فاقدامه على عقد الكفالة من حيث هو يستوى عنده ما اذا كان المكفول به معلوما أو مجهولا فان نفسه تطيب لمجرد رفع الكرب عن المكفول له أو المكفول عنه ومن ثم جازت الكفالة بالمجهول .

**٣ - من المعقول :**

ان عقد الكفالة يثبت مالا فى ذمة الكفيل للمكفول له ، فلابد وأن يكون ما يثبت فى الذمة معلوما قياسا على الثمن فى البيع بجامع أن كلا منهما لابد وأن يكون معلوما ، فليس من المعقول أن يكون ثمن المبيع الثابت فى ذمة المشترى مجهولا لأن جهالة الثمن تفضى الى المنازعة فكذا ما يثبت فى ذمة الكفيل

فلو كان مجهولا وقعت المنازعة بين الكفيل والمكفول له وكذا بين الكفيل والمكفول عنه اذا رجع اليـه(١٦) .

## الرأى الراجـح

هو ما ذهب اليـــه الجمهور القـائلين بصـحة الكفالة بالمجهول وذلك لمـا يأتى :

( أ ) لأن استدلالهم بأدلة نص فى الموضوع فمن نظر الى الآية وجـد أنها حددت الزعيم بالكفيل والمكفول به المذكور فى الآية مجهول كما تقـدم ومن نظر الى الحديث وجـد أنه ربط الضمان بالزعامة وهى الكفالة دون أن يفرق بين ما اذا كان العزم مجهولا أو معلوما .

(ب) أما المخالفين فقـد اسـتدلوا بعمومات فى القرآن أو السنة فالآية نهت أكل أموال الناس بالباطل والكفالة ليس أكل أموال الناس بالباطل بل أكل بموجب عقـد أباحـه الشارع لاسيما أنه لا يعقد الا برضا الكفيل .

(جـ) بل ان الآية التى استدلوا بها على منع الكفالة بالمجهول فى رأينا تعتبر دليلا لصحة الكفالة بالمجهول لتوافر التراضى فى الكفالة بالمجهول اذ لا يخير الكفيل على اجراء عقد الكفالة فتكون الكفالة بالمجهول داخلة فى الاستثناء المذكور فى الآية وهو قوله تعالى « الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

---

(١٦) فتح القدير ٥/٤٠٣ .

(د) والحديث الذى استدل به المخالفون أيضا من العمومات وليس نصا فيما نحن بصدده بل ان ما نحن بصدده تطيب به نفس الكفيل لابتغائه وجه الله وتحصيل الثواب وتفريج الكرب فتكون الكفالة بالمجهول داخله فى الاستثناء المذكور فى الحديث وهو « الا بطيب نفس منه » فان نفس الكفيل تطيب بسداد المكفول به للمكفول له .

(هـ) بقى أن نقول ان الكفالة عقد تبرع يقدم عليه الكفيل بمحض اختياره وانتفاء اجباره وهدفه من الاقدام تحصيل الثواب بخلاف الثمن فى البيع لأن الثمن يقابل المبيع أما المكفول به فليس له مقابل الا تحصيل الثواب لذا صحت الكفالة بالمجهول .

**٣ ـ أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل :**

يشترط فى المكفول به أن يكون مضمونا على الأصيل كدين القرض وأيضا مال المضاربة والشركة والوديعة بشرط أن يكون الضمان مقيدا بالتعدى من قبل المضارب والشريك والمودع لديه .

أما اذا كان مال المضاربة والشركة والوديعة لم يقيد بالتعدى فلا تصح به الكفالة باتفاق الفقهاء(١٧) .

---

(١٧) حاشية ابن عابدين ٤/٣٧١ ، الشرح الكبير للدردير ٣/٣٣٤ نهاية المحتاج ٤/٤٢٤ ، مغنى المحتاج ٢/٢٠٢ ، كشاف القناع ٣/٣٦٧ ، مستمسك العروة الوثقى ١١/٢٢٧ ، البحر الزخار ٥/٧٦ ، المحلى لابن حزم ٨/١١١ .

٤ ـ أن يكون المكفول به مقدورا على تسليمه من قبل الكفيل وتحقق هذا الشرط فى الأعيان والأموال ممكن فان لم يكن مقدورا على تسليمه فهل تصح الكفالة أم لا ؟

رأى الفقهاء الكلام فى عدم القدرة تطبيقه لا يتحقق الا فى من عليه حد أو قصاص وهى الكفالة بالنفس ولكن أرى أن يؤجل الكلام عن الكفالة بالنفس الى حينه و لكن الشىء غير مقدور التسليم اذا كان المطلوب لسداد المكفول به خارجا عن طاقة الكافيل كأن كان الكفيل يتصور أن حجم الدين يتناسب مع حجمه المالى فتبين أن المكفول به حجمه يفوق حالته المالية أضعافا مضاعفة وعندى أن الكفالة صحيحة وسبب ذلك أننا أجزنا سابقا الكفالة بالمجهول دون أن نفرق بين الجهالة اليسيرة والكثيرة وقلنا ان الجهالة لا تبطل الكفالة لامكان الكفيل الرجوع عن كفالته اذا رأى أن الكفالة لا تدخل تحت قدرته فكذلك هنا تجوز الكفالة بما لا يدخل تحت قدرته والمكفول له بالخيار ان شاء قبل من الكفيل ما يقدر عليه وان شاء رفض فان قبل حقق له مبتغاه وهو الحصول على الثواب من الله وان لم يقبل فلا يمنع عنه ثوابا ولا يقطع له أجرا لأنه كان ينوى تفريج كربة المكفول عنه .

# القســم الثالث

## الكفــالة بالنفس

الكفالة بالنفس هي التزام احضـــار المكفول الى المكفول له(١) • ويطلق عليها كفــالة الوجــه والمطــالبة(٢) وكفــالة البدن(٣) • وسبب تسميتها بكفالة الوجه أن الكفيل ذو وجاهة بين الناس فقبل ضمانه للمكفول ، أو لأنهــا خاصــة بالنفس والوجه أشرف عضو فى الآدمى •

وسبب تسميتها بكفالة المطالبة لأن الكفيل مطالب باحضار المكفول للمكفول له •

وسبب تسميتها بكفالة البدن لأن الكفيل مكلف باحضار المكفول بذاته للمكفول له فلا يقبل حضور نائبه •

## حــكم الكفالة بالنفس

الحكم هو الوصف الشرعى لفعل المكلف فان فعل المكلف لابد له من وصف شرعى يوصف به فنقول هــذا الفعل جائز وهــذا الفعل واجب وهــذا الفعل حرام أو مكروه أو مبــاح والكفالة بالنفس فعــل للكفيل وهــو مكلف فبيما توصف ؟ هــل توصف بالجواز أم لا ؟

---

(١) مغنى المحتاج ٢٠٣/٢ •

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣٤٤/٣ •

(٣) فتح القدير ٣٩١/٥ ، نهاية المحتاج ٤٣١/٤ ، كشاف القناع ٣٧٥/٣ •

واذا أردنا أن نثبت لها هـذا الحكم فاننا نجد أن الكفالة بالنفس تتنوع الى نوعين كفالة بالنفس موضوعها مال وكفالة بالنفس موضوعها حـد أو قصاص •

**أولا ـ حكم الكفالة التى موضوعها حد أو قصاص :**

وهذا يتصور فى أن يكون شخص ماقد ارتكب جرما يوجب الحد أو قتل نفسا عمدا فوجب عليه القصاص وأراد أن يذهب بعض الوقت الى بيته ليقضى حاجته فيـأبى الحـاكم أو ولى الدم فيتصدى أحد الأشخاص للحاكم أو ولى الدم ويطلب فك صراحه ويتكفل باحضاره فهل هـذا أمر جائز أو غير جائز ؟

اختلف الفقهاء فى الجواز وعدمه •

فيرى جمهور الفقهاء وهم الحنفية والمـالكية والشافعية فى قول والحنابلة والظاهرية والامامية والزيدية الى عدم جواز الكفـالة بالنفس(٤) • واحتجوا لذلك أن فائدة الكفـالة هى حلول الكفيل محل المكفول عنه عند تعذر أخذ المضمون به وهذا المعنى وهو الحلول متعذر فى الحـدود والقصاص لأن استيفاء الحد أو القصاص قاصر على مرتكب الجريمة الموجبة للحـد أو القتل الموجب للقصاص وبالتالى لا تجوز كفالة النفس فى الحدود والقصاص •

---

(٤) البدائع ٦/٨ ، الشرح الكبير للدردير ٣/٣٣٤ ، نهاية المحتاج ٤/٤٢٤ ، المغنى مع الشرح الكبير ٥/٧٤ ، المحلى لابن حزم ٨/١١٩ ، مستمسك العروة الوثقى ١١/٢٢٧ ، البحر الزخار ٥/٧٥ •

والمذهب عند الشافعية(٥) جواز الكفالة بالنفس فى حد القذف وحده والقصاص وعلة ذلك أن المكفول به ليس هو اقامة الحد أو تنفيذ القصاص بل المكفول به هو الموجب المالى للقصاص وهو بدل الصلح أو الدية أما حد القذف فلأن فيه حقين حق لله وحق للعبد وحق العبد غالب لذلك صحت الكفالة به كما أن الكفالة ليست اقامة الحد بل احضار المحدود فى قذف ليقام عليه أما بقية الحدود فكلها حقوق لله فلا تدخلها الكفالة ٠

والراجح ما ذهب اليه الشافعية من صحة الكفالة بالنفس وذلك لأن مقصود الكفالة وهو تحقيق الثواب يتحقق من الكفالة بالنفس والمال معا كما أن الكفالة فى القصاص مآلها الى مال وفى حد القذف غلبت حق العبد فيه ٠

واذا كنا نجيز الكفالة التى موضوعها مال فالكفالة بالنفس أولى خاصة أن النبى صلى الله عليه وسلم حبس رجلا فى تهمة وقال : « آخذ من متهم كفيلا تثبتا واحتياطا »(٦) ٠

وقول النبى صلى الله عليه وسلم وفعله نص فى الموضوع ودليل على صحة الكفالة بالنفس كما أن الدافع العملى اليومى فيه ما يؤيد هذا فكثيرا ما يكفل الانسان غيره لاحضاره الى قسم الشرطة والنيابات العامة ، كما أن الهيئات فى البلاد العربية تعتبر المتعاقدين معها مكفولين لديها ٠

---

(٥) مغنى المحتاج ٢/٢٠٣ ٠

(٦) السنن الكبرى للبيهقى ٦/٧٧ ٠

**ثانيا ـ حكم الكفالة بالنفس التى موضوعها مال :**

اختلف الفقهاء أيضا فى حكم الكفالة بالنفس التى موضوعها مال .

فيرى جمهور الفقهاء وهم الحنفية والمالكية والحنابلة والسنية الزيدية والمذهب عند الشافعية صحة كفالة النفس التى موضوعها مال(٧) .

وخالف الظاهرية وقول عند الشافعية فنفوا صحة الكفالة بالنفس التى موضوعها مال(٨) .

## الأدلـــة

استدل جمهور الفقهاء على صحة الكفالة بالنفس التى موضوعها مال بالكتاب والسنة والمعقول .

**١ ـ من الكتاب :**

قوله تعالى « قال **لن أرسله معكم** حتى تؤتون موثقا من الله لتأتننى به الا أن يحاط بكم »(٩) .

**وجه الدلالة من الآية الكريمة :**

ان سيدنا يعقوب طلب من أبنائه ضمانا ليأتوه بأخيهم

---

(٧) بدائع الصنائع ٧/٦ ، حاشية الدسوقى ٣٤٤/٣ ، نهاية المحتاج ٤٣٢/٤ ، كشاف القناع ٣٧٥/٣ ، البحر الزخار ٧٠/٥ .

(٨) المحلى لابن حزم ١٢٢/٨ ، مغنى المحتاج ٢٠٣/٢ .

(٩) آية ٦٦ سورة يوسف .

فطلب منهم الميثاق فحلفوا له أن يأتوا به الا أن يغلبوا فكان الآية دليل على صحة الكفالة بالنفس التى موضوعها مال لأن المقصد من ذها به هو حصولهم على الطعام كما وعدهم يوسف ويدل لذلك أنه لما منع شقيق يوسف من الرجوع الى أبيه ، قال كبير الخوتة ألم تعلموا أن أباكم قد أخذ عليكم مواثقا من الله ومن قبل ما فرطتم فى يوسف »(١٠) •

**٢ ـ من السنة :**

ما رواه أبو هريرة رضى الله عنه ـ أن النبى صلى الله عليه وسلم حبس رجلا فى متهمة وقال : « آخذ من متهم كفيلا تثبتا واحتياطا » •

**وجه الدلالة من الحديث الشريف :**

ان النبى صلى الله عليه وسلم أخذ كفيلا من المتهم التى تعتبر تهمته مالية بقصد التثبت والاحتياط وفعل النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ بأخذ الكفيل دليل عملى يقضى على كل تردد •

**٣ ـ من المعقول :**

ان الحاجة تدعو الى أخذ الكفيل بالنفس كالحاجة التى تدعو الى أخذ الكفالة بالمال لاسيما وأن الكفالة بالنفس تؤول الى المال فلو لم نقل بصحة الكفالة بالنفس لما لبينا

---

(١٠) آية ٨٠ سورة يوسف •

دافع الحاجة ولا وقعنا فى حرج وضيق لاسيما وأن هـذا العمل يعتبر مأخوذا به فى كافة الأحكام التى توجد لها غرامات مالية فلو تصورنا أن رجلا قد حكم عليه بغرامة ألف جنيه وغاب لسبب أو الآخر أخذوا أقرب الناس له حتى يأتى من عليه الدين ٠

واستدل الظاهرية ومن وافقهم على عـدم صـحة الكفالة بالنفس بأن الكفيل رجل حر والحر لا يدخل تحت اليد ولو قلنا بجواز الكفالة بالنفس لدخل الكفيل تحت امرة المكفول له وهذا ممتنع(١١) ٠

## الرأى الراجـح

هو ما ذهب اليـه جمهور الفقهاء القائلين بصـحة الكفالة بالنفس التى موضوعها مال وذلك لأن الكفالة شرعت للحـاجة والحاجة قائمة فى الكفالة بالنفس التى موضوعها مال ، كما أن المقصود منها الحصول عـلى الثواب وهـذا أمر قائم فى الكفالة بالنفس التى موضوعها مال كما أن الكفالة بالنفس وسـيلة للحصول على المـال اللازم وأيضا نجد أن هذه الكفالة اشتهرت وانتشرت سواء كان لدى الأشخاص الطبيعيين أو الأشـخاص الاعتباريين كما هو موجود فى البلاد الاسلامية ٠

---

(١١) مغنى المحتاج ٢٠٣/٢ ، المحلى لابن حزم ١٢٢/٨ ٠

# الباب الثالث

## آثار الكفالة وأحكامها

اذا توافرت أركان عقد الكفالة السابق الاشارة اليها فى الباب السابق أصبح عقـد الكفالة مكتمل الأركان تام البنيان منتجا للآثار والأحكام وسنتكلم عن آثاره وانقضائه فى فصلين :

## الفصـل الأول

## آثار الكفالة

لكل عقد من العقود آثار تترتب عليه وتنبنى على تقـريـر قواعده وهذه الآثار تعتبر نتائج مترتبة على العقود اذ أن العقد الذى له آثار يعتبر عقدا منتجا والذى لا آثار له يعد غير منتج وعقد الكفالة كسائر العقود له آثار ويرتب أحكام وسنتكلم عن آثاره على النحو الآتى :

أولا : اذ انعقدت الكفالة وتقرر الايجاب من قبل الكفيل وهـذا أمر متفق عليه ووقع القبول من المكفول له أو لم يقع على الخلاف الذى تقرر سابقا برزت آثار عقـد الكفالة ومن أول هـذه الآثار وأهمها هل تضم ذمة الكفيل الى ذمة المكفول عنـه أو تنشغل ذمة الكفيل بالحق الذى كان يشغل ذمة المكفول عنه ولتقرير هـذا الأثر وتجليته نتكلم فيه على النحو التالى :

وقع خلاف بين جمهور الفقهاء وهم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الزيدية حيث يرون أن عقد الكفالة يرتب ضم ذمة الكفيل الى ذمة المكفول عنه مجردا(١) •

أما الظاهرية والشيعة الامامية(٢) يرون أن أثر عقد الكفالة هو انتقال الحق من ذمة المكفول عنه الى ذمة الكفيل •

**ثمرة الخلاف :**

يترتب على قول الجمهور أن ذمة الكفيل وذمة الأصيل تضم كل منهما الى الأخرى سواء كان فى المطالبة أو الشغل كما سنقرره لاحقا وعلى قول الظاهرية ومن وافقهم فان ذمة الأصيل قد برئت من الدين بالنسبة للمكفول له وان ظلت مشغولة بالنسبة للكفيل فقد أدت الكفالة الى شغلها من جهة الكفيل وخلوها من جهة المكفول له •

## الادلة

استدل جمهور الفقهاء القائلين بضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل بالأدلة الآتية :

---

(١) حاشية ابن عابدين ٣٤٦/٤ ، فتح القدير ٣٨٩/٥ ، مواهب الجليل ٩٦/٥ الشرح الكبير للدردير ٣٢٩/٣ ، المهذب للشيرازى ٣٤٢/٢ ، المغنى والشرح الكبير ٧٠/٥ ، البحر الزخار ٣٤٧/٤ •

(٢) المحلى ١١١/٨ ، شرائع الاسلام ١٢٧/١ •

١ ـ ما رواه جابر قال : توفي رجل فغسلناه وحنطناه وكفناه ثم أتينا به النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقلنا نصلي عليه ، فخطا خطوة ثم قال : أعليه دين ، قلنا ديناران ، فانصرف فتحملهما أبو قتادة فأتيناه ، فقال أبو قتادة الديناران على فقال النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قد أوفى الله حق الغريم وبرىء منه الميت ، قال : نعم فصلى عليه ، ثم قال بعد ذلك بيوم ما فعل الديناران ، قال : انما مات أمس ، قال : فعاد اليه من الغد فقال : قد قضيتهما ، فقال النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ « الآن قد بردت عليه جلدته »(١) .

**وجه الدلالة من الحديث الشريف :**

هو أن الكفالة اذا كانت تنقل الحق من ذمة المدين الى ذمة الكفيل لما سأل النبي ـ صلى الله عليه وسلم أبا قتادة بقوله ما فعل الديناران والمراد أديتهما ، فبسؤاله هذا عن الدينارين يتضح أن الدين مازال باقيا فى ذمة المدين حتى بعد الكفالة ، غاية الأمر أن ذمة الكفيل قد انضمت الى ذمة المدين ولم يبرأ بها المدين ، وانما كان ابراءوه بعد أداء الدينارين بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم بعد أداء أبى قتادة للدينارين الآن بردت عليه جلدته فانه لم ينج من العذاب قبل أداء الدين وبعد الأداء نجا من العذاب .

---

(٣) مسند الامام أحمد بن حنبل ٥/١٠١ .

**مناقشة هذا الاستدلال :**

نوقش هذا الاستدلال بأن ذمة المدين برئت بمجرد تحمل أبى قتادة للدين بدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم بعد قوله هما على قال قد أوفى الله حق الغريم وبرىء منه الميت وهذا القول صريح فى براءة ذمة الميت بمجرد الضمان وأيضا قوله أوفى الله حق الغريم دليل على أن الوفاء قد وقع بمجرد ضمان أبى قتادة(٤) .

**وأجيب عن هذه المناقشة :**

بأن قوله - صلى الله عليه وسلم - برىء منه الميت أى برىء من الأداء لا من الضمان بدليل أن آداء الميت غير ممكن ، وأما ضمانه باق بدليل أن عذابه قائم لسؤال النبى - صلى الله عليه وسلم فى اليوم التالى لأبى قتادة ماذا فعل الديناران ولو كان تحمل أبو قتادة يبرىء ذمة الميت ما سأل فى اليوم التالى وأيضا بعد أن قال أديتهما قال صلى الله عليه وسلم الآن بردت جلدته وهذا كناية عن رفع العذاب بالأداء لا بالتحمل .

٢ - روى ابن عباس رضى الله عنهما - أن رجلا لزم غريما له بعشرة دنانير فقال : والله لا أفارقك حتى تقضينى أو تأتينى بحميل ، فتحمل بها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأتاه

---

(٤) المحلى لابن حزم ١١١/٨ .

بقدر ما وعده ، فقال له النبى - صلى الله عليه وسلم - من أين أصبت هذا الذهب ، قال : من معدن لا حاجة لنا فيها ليس فيها خير ، فقضاها عنه رسول الله - صلى الله عليه وسلم(٥) .

### وجه الدلالة من هذا الحديث :

ان هذا الحديث واضح الدلالة فى أن المدين لا يبرأ بالضمان ولا ينتقل به الحق من ذمته الى ذمه الضامن وأن كل ما يحدثه الضمان من أثر هو ضم ذمة الضامن الى ذمة المدين الأصلى وتبقى ذمته مشغولة بالدين كما كان الحال قبل الضمان يدل على ذلك ملازمة الدائن للمدين الى أن تحملها - النبى صلى الله عليه وسلم وعندئذ فارقه ولم يفارقه الدائن الا بعد التحمل وهذا يفيد أن التحمل فيه ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل .

### مناقشة هذا الاستدلال :

نوقش هذا الدليل بأنه يجوز أن يكون المدين قد وعد النبى صلى الله عليه وسلم بأن يأتيه بالدين ولم يتحمل النبى صلى الله عليه وسلم عنة دينه بدليل اتيانه فى الغد بالدين الموعود به ، ولو كان النبى صلى الله عليه وسلم قد تحمله لما آتاه الأصيل فى الغد بالدين ولو كانت ذمة الكفيل قد ضمت الى ذمة الأصيل لما قبلها منه النبى صلى الله عليه وسلم .

---

(٥) السنن الكبرى للبيهقى ٦/٧٦ ، سنن ابن ماجة ٢/٨٠٤ .

**رد المناقشــــة :**

ردت هذا المناقشــة بأن النبى ـ صلى الله عليه وســلم قد قضى عن المكفول عنه الدراهم ولم يأخذ ما اتى به من الذهب ، واتيان المدين بالذهب لعله حياء من النبى ـ صلى الله علية وسلم فأداؤه صلى الله عليه وســلم للدين دليل على أن التحمل أنتج أثره فى ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل .

**٣ ـ من المعقول :**

ان الكفالة بالدين فيها استيثاق فبعد أن كان الدين فى ذمة المدين فقط أصــبح فى ذمتين هما ذمة الكفيل والأصــيل ، ولو كان ينتقل الى ذمة الكفيل لمـا كان للكفالة كبير فائدة بل تكبر فائدتها ويعظم نفعها ويظهر الاستيثاق منها بضــم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل(٧) .

واستدل الظاهرية ومن وافقهم على أن الكفالة تنقل الحق من ذمة الأصيل الى ذمة الكفيل بالآتى :

١ ـ ما رواه أبو قتادة رضى الله عنه قال : كنا جلوسا عنده النبى ـ صلى الله عليه وســلم ـ اذ أتى بجنازة فقالوا : صل عليها ، فقال : هل ترك شيئا قالوا : لا ، قال : فهل عليه دين،

---

(٦) السنن الكبرى للبيهقى ٦/٧٦ .

(٧) المغنى مع الشرح الكبير ٥/٧٠ ، نهاية المحتاج ٤/٢٢٤ .

قالوا : نعم ، ثلاثة دنانير ، قال : صـلوا على صـاحبكم ، قال أبو قتادة صل عليه يا رسول الله على دينه ، فصلى عليه(٨) .

**وجه الدلالة من الحديث الشريف :**

هذا الحديث يحكى حالتين أولهما أن ذمة الميت مشـغولة بالدين قبل أن يكون مكفولا عنه بدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أخبر بأن عليه دينا امتنع عن الصلاة عليه وقال صلوا على صاحبكم وثانيهما لما ضمن أبو قتادة ما على الميت من دين وقال : هما على يا رسول الله صلى عليه فهذا دليل على أن الدين قد سقط عن الميت بالكفالة وهو يفيد انتقـال الدين بموجب ضمان الكفيل الى ذمته(٩) .

**ويناقش هـذا بما يأتى :**

أن حال المدين قبل تحمل الدين عنه غيره بعد كفالة دينه، وهذا التغير ليس هو انتقال الدين الى ذمة الكفيل ، بل ضم ذمته الى ذمة المدين ، والحديث لا يدل الا على أن الضـامن بضمانه يطالب بالدين حيث أنه الزم نفسه به أو قول أبى قتادة « على دينه » يبقى المدين كما كان قبل الضمان،ذلك أن قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث جابر حين قال له أبو قتادة قد قضيتهما

---

(٨) صحيح البخارى ٥/٣٧٣٤ .

(٩) المحلى لابن حزم ٨/١١٢ .

قال : عليه الصلاة والسلام « الآن بردت عليه جلدته » فيه دليل على أن خلوص الميت من ورطة الدين وبراءة ذمته على الحقيقة ورفع العذاب عنه انما يكون بقضاء الدين عنه ، وليس بمجرد تحمل الدين عنه بلفظ الضمان من أجل هذا سارع النبى صلى الله عليه وسلم الى سؤال أبى قتادة عن قضاء الدين وعليه فحديث سلمة يثبت الدين فى ذمة الضامن ، وحديث جابر يبين أن المضمون عنه لا يبرأ بمجرد الضمان بل بالقضاء(١٠)

٢ ـ ما رواه جابر رضى الله عنه ـ عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : كان النبى صلى الله عليه وسلم ـ لا يصلى على رجل مات وعليه دين ، فأتى بميت فقال : عليه دين ؟ قالوا : نعم ديناران فقال أبو قتادة الأنصارى : هما على يا رسول الله ـ فصلى عليه النبى صلى الله عليه وسلم ـ فلما فتح الله على رسوله قال : أنا أولى بكل مؤمن من نفسه ، فمن ترك دينا فعلى قضاؤه(١١) .

**وجه الدلالة من الحديث :**

هذا الحديث كسابقه يجعل الضمان ينقل الدين من ذمة الأصيل الى ذمة الكفيل ويدل لهذا ما جاء فى هذه الرواية زيادة على السابقة لما فتح الله العطاء على رسوله صلى الله عليه وسلم ألزم نفسه بقضاء دين كل من مات من أمته حال حياته ـ صلى

---

(١٠) نيل الأوطار للشوكانى ٥/٢٧٠ وطبعة مصطفى الحلبى .

(١١) نيل الأوطار ٥/٢٦٨ ، السنن الكبرى للبيهقى ٦/٧٣ .

الله عليه وسلم ، ولو لم تنقل الكفالة الدين من ذمة الأصيل الى ذمة الكفيل لما ألزم النبى صلى الله عليه وسلم نفسه بالقضاء(١٢) .

**مناقشة هذا الدليل :**

أن هذا الحديث ليس فيه ما يفيد أن الكفالة تنقل الدين من ذمة الأصيل الى ذمة الكفيل بل تضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل ، وفعله صلى الله عليه وسلم بعد أن فتح الله علية يعتبر من قبيل التخفيف على من يموت من أمته وعليه دين فهذا يعتبر تبرعا بل هى تعد من باب الكفالة العامة التى تثبت لولى الأمر وليس فيها اجبار لأن النبى ـ صلى الله عليه وسلم أقبل عليها بمحض اختياره .

**٣ ـ من المعقول :**

أنه من غير الجائز أن يكون مال واحد محدود كله على زيد وهو كله على عمرو فى نفس الوقت ، ولو كان كذلك لكان لصاحب المال أن يأخذهما جميعا بجميعه فيحصل له العدد مضاعفا وهذا لا يجوز ولا يقول به أحد ، ولما كان آداء أحدهما ما لزمه عن نفسه مسقطا عن الآخر حقا قد لزمه فان

---

(١٢) نيل الأوطار ٥/٢٣٩ ، السنن الكبرى للبيهقى ٦/٧٣ .

فذلك يدل على أن الحق ينتقل من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن(١٣) .

## الرأى الراجح

هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء القائلين بأن الكفالة أثرها ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل ولا تؤدى الى انتقال الدين من ذمة الأصيل الى ذمة الكفيل بمجرد ضمانه وذلك لما يأتى :

١ - لأن الكفالة شرعت للتوثق والتوثق قائم بمجرد ضمان الكفيل لا بانتقال الدين من ذمة المدين الى ذمة الكفيل بل ان التوثق يقتضى بقاء الدين فى ذمة الأصيل ولا يدفع الكفيل الا عند عجز الأصيل .

٢ - ان ذمة الأصيل لا تبرأ من الدين بمجرد الكفالة بل تظل مشغولة بالمكفول به ولا يتحقق براءتها الا بأداء الدين منه أو من الكفيل .

٣ - ولو كان الدين ينتقل الى ذمة الكفيل بمجرد الضمان لما سأل النبى صلى الله عليه وسلم أبا قتادة ماذا فعل الديناران وهذا السؤال كان فى الغد بعد الضمان .

٤ - لما قال أبو قتادة أديتهما قال صلى الله عليه وسلم الآن بردت جلدته ودل هذا على أن براءة ذمة الأصيل لم تتحقق بمجرد ضمان الكفيل بل بأدائه .

---

(١٣) المحلى لابن حزم ٨/١١١ .

وبعد ترجيح رأى الجمهور القائل بأن الكفالة هى ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل اختلفوا فى ماهية الضم بمعنى هل الضم هو شغل ذمة الكفيل بالدين المشغولة به ذمة الأصيل أم تضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل فى المطالبة فقط ؟ وقع هذا الخلاف بين الفقهاء ٠

فذهب المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية وبعض الحنفية الى أن المقصود بضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل هو شغل ذمة الكفيل بالدين مع شغل ذمة الأصيل فى المطالبة فقط(١٥) ٠

**الأدلة :**

استدل الجمهور لما ذهبوا اليه بالآتى :

١ ـ أن صاحب الدين اذا اشترى من الكفيل عينا بدينه صح مع أن الشراء بالدين لا يصح الا ممن هو عليه دين فصحة الشراء بالدين من الكفيل دليل على شغل ذمته به(١٦) ٠

٢ ـ اذا مات الكفيل وقد كفل دينا مؤجلا فانه يحل بموته

---

(١٤) فتح القدير ٣٩٠/٥ ، حاشية ابن عابدين ٣٤٧/٤ ، الشرح الكبير للدردير ٣٢٩/٣ ، مواهب الجليل ٩٦/٥ ، المهذب للشيرازى ٣٤٢/١ ، المغنى مع الشرح الكبير ٧/٥ ، البحر الزخار ٧٦/٥ ٠

(١٥) فتح القدير ٣٩٠/٥ ٠

(١٦) فتح القدير ٣٩٠/٥ ٠

ويؤخذ من تركته ، ولو كانت ذمته غير مشغولة بالدين لسقطت المطالبة عنه بموته ولم يؤخذ الدين من تركته(١٧) .

٣ ـ اذا وهب المضمون له الدين للضامن صحت الهبة ويرجع الضامن بالدين على الأصيل ، ولو لم تكن ذمة الضامن مشغولة بالدين لما صح المدائن أن يهب الدين لغير من هو عليه(١٨) .

واستدل القائلون بأن آثر الضمان ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل فى المطالبة فقط بأن ضم الكفيل الى الأصيل يعطى لصاحب الدين الحق فى مطالبة الكفيل بالدين من غير شغل ذمته بذلك الدين ، لأن هناك ذمة مشغولة به هى ذمة المدين الأصلى، والقول بشغل ذمة الكفيل بالدين مع شغل ذمة الأصيل به يقتضى أن يكون الدين الواحد دينين أحدهما على الأصيل والآخر على الكفيل وذلك لا يجوز(١٩) .

**مناقشة هذا الدليل :**

لا يلزم من كون أثر الكفالة ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل أن يكون الدين الواحد دينين لأنه وان ثبت فى ذمة الكفيل فالاستيفاء لا يكون الا من أحدهما ، وبذلك لا يكون الدين دينين فالقبض من أحدهما يترتب عليه براءة الآخر .

---

(١٧) المغنى لابن قدامة ٤/٦٠٢ .

(١٨) فتح القدير ٥/٣٩٠ .

(١٩) حاشية ابن عابدين ٤/٣٤٧ .

## الرأى الراجـح

الراجح هو أن الكفيل ضامن وهذا أمر متفق عليه لدى الجميع وذمته مشغولة وهذا أيضـا متفق عليه والمختلف فية بم تشغل الذمة القائلين بشغل ذمة الكفيل بالدين لا يمنعون شـغلها بالمطالبة لأن المطـالبة فرع الشغل بالدين يبغى شغل الذمة بالدين المتـأمل فى حقيقة الكفالة يجد أن الدافع اليهـا تفريج الكرب سواء من حيث المكفول عنه أو المكفول له فكلاهما فى كربة فالمكفول عنه مكروب لعدم استطاعته الوفاء والمكفول له مكروب لخوفه على ضـياع حقـه فاذا ما أتى الكفيل حـق الاطمئنان للطـرفين وليس ذلك لشىء الا ابتغـاء وجه الله فمطالبته بالوفاء لا تشكل عبأ عليه لأن الأصيل شريكه فى هذه المطـالبة .

أما الآداء فانه كان لازما على الأصـيل لأنة المسـتفيد به ولا ينتقل الآداء الى الكفيل الا عند حلول الأجل والعجز من الأصيل عن الوفاء وقدرة الكفيل على أداء المكفول به .

لـكن هب أن الأصـيل وفى الدين فلا نقـول أن ذمـة الكفيل برئت من الدين وانما برئت من المطـالبة المترتبة على الضـم ، وهب أن الأصـيل لم يوف ووفى الكفيل من حقه أن يرجع على الأصيل بما وفى وهـذا دليل على أن ذمة الأصـيل لم تبرأ بوفاء الكفيل لرجوعه عليه ، وكذلك لوهب المكفول لة الدين للكفيل فلو كان الدين مضمونا فى ذمته ما رجع الأصيل بسبب الهبة لكن من حقه أن يطـالبه بما وهبه له المكفول له

فدل ذلك على أن ذمة الأصيل مشغولة بالدين حتى بعد تغير الدائن لأن الكفيل أصبح دائنا بعد أن كان كفيلا ومن هذا يتضح أن ذمة الكفيل مشغولة بالمطالبة .

## ثانيا : مطالبة المكفول له للكفيل :

لا خلاف بين الفقهاء على أن المكفول له تثبت مطالبته للكفيل بالأداء متى ثبت تعذر الاستيفاء من المكفول عنه(٢٠)

ثم اختلف الفقهاء فى حالة عدم ثبوت تعذر الوفاء من الأصيل هل المكفول له أن يطالب الكفيل أم الأصيل ؟

وقع الخلاف بين الفقهاء الى ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : يخير المكفول له فى المطالبة بين الكفيل والأصيل وهذا قول الحنفية والشافعية والحنابلة والامامية والزيدية والاباضية وفى قول عند المالكية(٢١) .

المذهب الثانى : وهو للظاهرية ويقولون ان المكفول له ليس له الا مطالبة الكفيل فقط(٢٢) .

المذهب الثالث : وهو قول عند المالكية بالتفصيل وذلك

---

(٢٠) بدائع الصنائع ٦/١٠ بنهاية المحتاج ٤/٤٤١ ، حاشية الدسوقى ٣/٣٣٧ ، كشاف القناع ٣/٣٦٤ .

(٢١) بدائع الصنائع ٦/١٠ ، فتح القدير ٥/٤٠٣ ، نهاية المحتاج ٤/٤٤٣ ، كشاف القناع ٣/٣٦٤ ، العروة الوثقى ١١/٢٣٥ ، قلائد الدرر ٢/٢٩٠ مطبعة الأدب .

(٢٢) المحلى لابن حزم ٨/١١١ .

على النحو التـالى : اما أن يكون المكفول عنـه حاضرا موسرا أم لا فان كان حاضر موسرا توجهت اليـه مطـالبة المكفول له ولا يطـالب الكفيل ، أما اذا كان المكفول عنـه حاضرا معسرا توجهت المطالبة الى الكفيل وان لم يكن حاضرا بأن كان غائبا غيبة طويلة أو مات توجهت المطالبة كذلك الى الكفيل(٢٣) .

## الأدلة

### أولا : أدلة الجمهور القائلين بتخيير المكفولة فى المطـالبة بين الكفيل والمكفول عنه :

### ١ ــ من السـنة :

قوله صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم » .

### وجه الدلالة من الحـديث الشريف :

أفاد الحديث جديدا وهو الخبار عن الزعيم بالغرم وهو تجاه المكفول له الى جانب ثبوت غرم المكفول عنه قبل الكفالة فاقتضت الكفالة غرم الكفيل الى جانب الأصيل فكان للمكفول له الخيار فى تغريم الكفيل أو الأصيل .

### ٢ ــ من المعقـــول :

من المسـلم به أن الحق متعلق بذمة الكفيل اثنـاء عشرى الأصيل فى حضـوره ومتعلق أيضـا بذمة الكفيل حال غيبة الأصيل وموته فان كان الأصيل حاضرا موسرا قادرا على الأداء

(٢٣) المنتقى شرح الموطأ ٨٦/٦ ، حاشية الدسوقى ٣٣٧/٣ .

فللمكفول له أن يطالب أيهما شاء الكفيل والأصيل وهذا الدليل يمكن أن يناقش بأنه مصادرة على المطلوب لأن المدعى يستدل بالدعوى على أنها دليل وسبب ذلك لأن الأصيل فى عسره وغيبته أو موته يتعذر الوفاء منه فتتعين المطالبة للكفيل وهذا ليس فيه خلاف ، أما فى يساره وحضوره فقالوا المكفول له مخير فى المطالبة بين الكفيل والأصيل فكان هذا استدلالا بالمدعى وهو منتفى .

**ثانيا : أدلة الظاهرية القائلين بأن المطالبة لا تتوجه الا للكفيل واستدلوا بالسنة والمعقول :**

١ ـ من السنة : ما روى عن أبى سعيد الخدرى ـ رضى الله عنه قال : أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بجنازة ليصلى عليها فتقدم ليصلى فالتفت الينا فقال : هل على صاحبكم دين قالوا : نعم ، قال : هل ترك له من وفاء . قالوا : لا ، قال : صلوا على صاحبكم ، قال على بن أبى طالب ـ رضى الله عنه ـ : على دينة يا رسول الله ، فتقدم فصلى عليه ، وقال : جزاك الله يا على خيرا كما فككت رهان أخيك ، ما من مسلم فك رهان أخيه الا فك الله رهانه يوم القيامة »(٢٤) .

**وجه الدلالة من الحديث الشريف :**

ان قوله فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك فيه دليل على تحول الدين من ذمة الأصيل الى ذمة الكفيل ولهذا اتجهت

---

(٢٤) السنن الكبرى للبيهقى ٦/٧٣ .

المطـالبة للكفيل دون غيره سـواء كان المكفول عنـه حيـا أو ميتا(٢٥) .

٢ ـ من السنة أيضا قوله صلى الله علية وسلم « الزعيم غارم » .

**وجه الدلالة من الحـديث الشريف :**

أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم أخبر بغرم الزعيم وهو الكفيل وقصر الغرامة عليه دون غيره وبالتالى لا يغرم الزعيم الا للمكفول له ومن ثم تتجه اليه المطالبة من المكفول له دون غيره

**٣ ـ من المعقـول :**

ان الدين المكفول به دين واحد وانتقل بموجبه عند الكفالة من ذمة المكفول عنه الى ذمة الكفيل فاذا صار فى نمة الكفيل برئت منه ذمة الأصيل لأن الدين لا يحل فى ذمتين واذا ثبت أن الدين لا يحل فى ذمتين فكذا المطـالبة لا تتجه الى ذمتين بدين واحد لهذا تتجه المطالبة لمن استقر الدين فى ذمته وهو الكفيل .

**مناقشة هـذا الدليل :**

ان قولهم الدين لا يتعلق بذمتـين مردود وسـبب رده ان الدين يمكن تعلقه بذمتين على سبيل الاسـتيثاق كتعلق دين الرهن بالعين المرهونة وبذمة الراهن فكذلك دين الكفالة متعلق

---

(٢٥) المحلى لابن حزم ٨/١١٥ .

بذمة الكفيل وذمة الأصيل وأيضا ان تعلقه بالذمتين لا يعنى أن يكون دينين مادام على سبيل الاستيثاق بل يعطى للمكفول له حق المطالبة للكفيل والأصيل ، فان أدى أحدهما برئت ذمة الآخر » •

ثالثا : أدلة قول المالكية الذين يفرقون بين الحاضر الموسر والحاضر المعسر والغائب والميت بأن عقد الكفالة شرع للتوثق كالرهن والحوالة والتوثق يتحقق باستقرار الحق فى ذمة الكفيل والمكفول عنه فتتجه المطالبة لكل منهما لكن فى نطاق محدود •

فالكفيل تتجه اليه المطالبة فى حالة عسر المكفول عنه أو غيبته أو موته وهذا النطاق كاف بالنسبة للكفيل لأنه عندئذ يتعذر الاستيفاء من الأصيل ، وان تعذر الاستيفاء من الأصيل انتقلت المطالبة الى الكفيل والكفيل قد أقدم على الكفالة وهو راض بالسداد متى تعذر الاستيفاء من الأصيل وفى غير ذلك لا يقبل وهذا هو الراجح فى نظرنا •

ما الحكم لو تعدد الكفلاء ؟

مما تقدم يتبين لنا أن المطالبة يمكن أن تتجه الى الكفيل والى الأصيل هذا لو كان الكفيل واحدا لكن ان تعدد الكفلاء بأن كان الكفيل أكثر من واحد فهل تتجه المطالبة الى أحدهم ام الى جميعهم ؟ لا خلاف بين الفقهاء أنه اذا تعدد الكفلاء

اتجهت اليهم المطالبة جميعـا ولكن وقع الخلاف فى قدر الدين المطالب به هل يطلب كل واحد منهم بكل الدين أم يطالب بقدر حصـته ؟

لا خلاف بين الفقهاء فى أن الكفلاء ان كانوا متضامنين يطالب كل واحـد منهم بكل الدين بحيث اذا أداه أحدهم برئوا جميعـا .

أما اذا كان الكفلاء غير متضامنين ذهب جمهور الفقهاء الى أن المكنول له يطالب كل كفيل بقدر حصته وهذا قياسا للضمان على الشراء فان المشترين يضمن كل واحد منهم حصته فى ثمن المبيع لكى يتحقق له الملك وهذا ما ذهب اليه الحنفية والمـالكية والحنابلة والظاهرية والشـافعية فى أحد الوجهين والامامية فى قول عندهم(٢٦) .

بينما ذهب الشافعية فى وجه عندهم والامامية فى القول الثانى الى أن المكفول له يتبع مطالب كل واحد من الكفلاء بكل الدين قياسـا على الرهن فان الرهن لا يقبـل التجزئة ودينـه لا يقبل التجزئة فكذلك دين الكفالة لا يقبل التجزئة حتى وان تعدد الكفلاء لأن المكفول له واحد ودينه واحد ولذلك لا يقبل التجزئة حتى وان قام أحدهم بسداد جزء من الدين فيصير الكل

---

(٢٦) بدائع الصنائع ٦/١٤ ، حاشية ابن عابدين ٤/٣٩٧ ، المنتقى ٦/٨٧ كشاف القناع ٣/٣٨٤ ، مغنى المحتاج ٢/٢٠٨ ، المحلى لابن حزم ٨/١١٨ ، العروة الوثقى ١١/٢٧٦ .

مسئولا عما بقى من الدين دون أن يستثنى منهم من قام بسداد البعض(٢٧) وهذا هو الرأى المختار وسبب ذلك لأن عقد الكفالة شرع للتوثق وتعدد الكفلاء يزيد التوثق وتحمل كل واحد منهم المطالبة بكل الدين حتى وان قام أحدهم بسداد جزء يبقى الكل مسئول عن سائر الدين ٠

ثالثا : مطالبة الكفيل للمكفول عنه بأداء الدين ان حال الكفيل لا يخلو من أمرين أولهما اما أن يكون المكفول له قد طالبه أم لا وثانيهما هل الكفالة بأمر المكفول عنه أو أن الكفيل قد أقدم على الكفالة تبرعا ؟ وسنبين ذلك فى الآتى :

١ ـ اذا انعقدت الكفالة بغير اذن المكفول عنه أى أن الكفيل أقدم على الكفالة تطوعا بمحض اختياره دون أن يطلب منه أحد سواء طالبه المكفول له أو لم يطالبه فجمهور الفقهاء وهم الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية والامامية والزيدية وقول للحنابلة يرون أنه ليس للكفيل الحق فى مطالبة المكفول عنه وعلة ذلك ان الكفيل لما كفل بغير اذن فهو كالأجنبى بالنسبة للمكفول عنه فلا حق له فى المطالبة(٢٨) وان مطالبته للمكفول عنه فيها اجبار على الأداء والمكفول له

---

(٢٧) مغنى المحتاج ٣/٢٠٨ ، العروة الوثقى ١١/٢٧٦ ٠

(٢٨) فتح القدير ٥/٤٠٠ ، الشرح الكبير للدردير ٣/٣٣٨ ، نهاية المنهاج ٤/٤٤٥ ، المغنى والشرح الكبير ٥/٩١ المحلى لابن حزم ٨/١١١ ـ العروة الوثقى ١١/٢٥٦ ، البحر الزخار ٥/٧٨ ٠

ثم يجبره على هـذا الأداء بل ان الكفيل هو الذى أقدم تطوعا يعتقد تماما أنه لابد من أدائه الدين •

وخالف الحنابلة فى قول عندهم حيث أجازوا للكفيل مطالبة الأصيل وعلة ذلك أنه قضى دينا واجبا على المكفول عنه فكان له الرجوع عليه(٢٩) • وعدم اذنه فى الكفالة لا يثبت له براءة ذمته فتبقى المطالبة قائمة فى ذمته حيث ان ذمته لا تبرأ الا بالأداء وهذا هو الراجح لأن الكفالة شرعت للحاجة والكفيل فى اقدامه على عقد الكفالة يحقق التوثق للمكفول له لكن تبقى ذمة المكفول عنه مشغولة مضمومة الى ذمة الكفيل وليس من المعقول ولا من المقبول أن يقضى الكفيل الدين ثم نقول لا يطالب الأصيل بلا سبب يمنع المطالبة وعدم اذن الأصيل فى الكفالة لا يبرىء ذمته من دين ثبت عليه •

٢ ـ اذا تمت الكفالة بناء على اذن المكفول عنه ولم يطالب المكفول له الكفيل بسداد الدين • يرى جمهور الفقهاء وهم الحنفية والمالكية والظاهرية والشافعية فى الأصح والامامية عندهم والحنابلة فى وجه(٣٠) أنه لا يجوز للكفيل أن يطالب الأصيل ودليلهم ان الكفيل باذن ليس له أن يرجع على الأصيل قبل أن يغرم فان غرم رجع والا فلا ، وكذا المطالبة فليس له أن يطالب الأصيل مادام المكفول له لم يطالبه لأن المطالبة بسبب أداء الدين والمسبب والسبب كالشىء الواحد فالممتنع فى الدين ممتنع فى المطالبة •

---

(٢٩) المغنى والشرح الكبير ٥/٩١ •

(٣٠) انظر المراجع السابقة نفس الصفحات •

وخالف الشافعية فى الصحيح عندهم والحنابلة فى وجه(٣١) فقالوا للكفيل فى هذه الحالة أن يطالب الأصيل بالدين وان لم يطالبه المكفول له وحجتهم فى ذلك ان الكفيل لم يقدم على الكفالة الا بأمر المكفول عنه وقد شغلت ذمته بمقتضى عقد الكفالة فحق له أن يطالب المكفول عنه بسداد دينه حتى تبرأ ذمة الكفيل فلا تشغل بالضمان قياسا على ما لو استعار عبدا فرهنه كان للسيد مطالبة الراهن بسداد دين الرهن حتى تفك رقبة عبده وهذا هو الراجح فى نظرنا لما يأتى :

( أ ) لأن الكفالة هنا باذن المكفول عنه وبأمره فينبغى عليه أن يمتثل للمطالبة من الكفيل ويسارع بالأداء ٠

(ب) شغل ذمة الكفيل بمقتضى عقد الكفالة بناء على أمر المكفول عنه ، والكفيل بمطالبتة المكفول عنه بالسداد يعمل على تبرئة ذمته ٠

( جـ ) وان كنا قد رجحنا صحة المطالبة فى الكفالة غير المأذون فيها من المكفول عنه فهنا من باب أولى لأنها بأمر المكفول عنه ٠

٣ ـ اذا تمت الكفالة بأمر المكفول عنه وطالب المكفول له الكفيل فان الفقهاء قد اختلفوا فى جواز مطالبة الكفيل للمكفول عنه الى مذهبين :

المذهب الأول : وهو للمالكية والشافعية والحنابلة

---

(٣١) المرجع السابق ٠

والزيدية اذ يرون أن الكفيل فى هذه الحالة له أن يطالب الأصيل بأداء الدين وعلة ذلك ان الكفيل قد لزمه الأداء والمطالبة لكفالة المأذون فيها من قبل الأصيل فمطالبته للأصيل جائزة لتبرأ ذمته من المطالبة والأداء أمام المكفول له ، وبراءة ذمة الكفيل من المطالبة والأداء متوقفة على قيام الأصيل بأداء الدين وقد لا يتحقق الأداء الا بمطالبة الكفيل فكان له مطالبته •

المذهب الثانى : وهو للحنفية والظاهرية والامامية(٣٣) ويرون أنه ليس للكفيل مطالبة الأصيل ودليلهم أن الموجب المطالبة هو الملك والكفيل لا يملك المطالبة قبل أداء الدين للمكفول له فلا يملك المطالبة به من الأصيل قبل أدائه •

والراجح هو ما ذهب اليه فقهاء المذهب الأول من أن الكفيل فى الحالة المذكورة له أن يطالب الأصيل بأداء الدين لما يأتى:

١ ـ ان الكفالة قد انعقدت باذن المكفول عنه وبأمره فهذا أدعى لمطالبته بالأداء •

٢ ـ ان عدم جواز مطالبة الكفيل للمكفول عنه يؤدى الى ايقاع الكفيل فى حرج شديد مع المكفول له مما يؤدى الى احجام الناس عن الكفالة •

---

(٣٢) انظر المراجع السابقة نفس الصفحات •

(٣٣) انظر المراجع السابقة نفس الصفحات •

٣ - ولو قلنا بعدم جواز المطالبة لأدى ذلك الى تلكىء المكفول عنه ومماطلتة فى سداد دينه اتكالا على قيام الكفيل بالسداد .

٤ - ان ذمة المكفول عنه لا تزال مشغولة بالدين والأداء ولو قلنا بعدم جواز المطالبة كأننا نقول بانعدام شغل ذمته ولم يقل به أحد .

رابعا : رجوع الكفيل على المكفول عنه بعد أداء الدين لا يخلو حال الكفيل من أمرين أولهما أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه أو بغير أمره وفى كل اما أن يكون أدى الحق للمكفول له بأمره أو بغير أمره فتكون الأحوال أربعة :

الحالة الأولى : الكفالة بأمر المكفول عنه والآداء بأمره يرى جمهور العلماء أن الكفيل له الرجوع على المكفول عنه وعلة ذلك أن الكفيل أقدم على الكفالة وأدى المكفول به بأمر المكفول عنه فان أمر المكفول عنه معتبر وقد أمر بالكفالة والآداء فيكون آمرا بالسبب والمسبب ومن ثم فللكفيل حق الرجوع على المكفول عنه(٣٤) ، ولو قلنا بأنه لا يرجع بعد الآداء لأهدرنا عقد الكفالة المأمور به وأهدرنا ما يترتب عليه وهو السداد بأمر المكفول عنه ولو قلنا بعدم الرجوع أيضا لكان ذلك أكلا

---

(٣٤) فتح القدير ٥/٤٠٨ ، الشرح الكبير للدردير ٣/٣٣٥ ، مغنى المحتاج ٢/٢٠٨ كشاف القناع ٣/٣٦٨ ، البحر الزخار ٥/٧٨ .

لأموال الناس بالباطل وهو منهى عنه قال الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » والنهى فى هذه الآية يقتضى التحريم وأداء الكفيل بناء على الأمرين من المكفول عنه لا يبرىء ذمة المكفول عنه(٣٥) .

وخالف الظاهرية جمهور الفقهاء وقالوا أنه لا يجوز للكفيل الرجوع على المكفول عنه بما أداه للمكفول له لأن الحق المضمون سقط من ذمة الأصيل بمجرد الضمان وانتقل الى ذمة الكفيل .

الحالة الثانية : اذا كانت الكفالة وسداد الدين بغير أمر من المكفول عنه ، فهل يحق للكفيل الرجوع على المكفول عنه ؟

ذهب المالكية والحنابلة(٣٦) الى أن الكفيل له الرجوع على الأصيل بما أداه عنه من دين بنية الرجوع وحجتهم فى ذلك ان الدين الذى قام الكفيل بأدائه مشغولة له ذمة الكفيل وذمة الأصيل وبالآداء برئت ذمة الكفيل دون الأصيل ومادامت ذمة الأصيل لم تبرأ فللكفيل أن يرجع عليه ويتعاطى منه ما أداه عنه حتى تبرأ ذمته .

وذهب الحنفية والشافعية والامامية والزيدية والظاهرية(٣٧) الى أن الكفيل لا يجوز له الرجوع على المكفول عنه بما أداه عنه وذلك لما يأتى :

---

(٣٥) المحلى لابن حزم ١١٦/٨ .

(٣٦) التاج والاكليل للمواق ١٠٣/٥ ، كشاف القناع ٣٧١/٣ .

(٣٧) فتح القدير ٤٠٩/٥ ، نهاية المحتاج ٤٤٦/٤ ، العروة الوثقى ٢٥٢/١١ ، البحر الزخار ٧٧/٥ ، المحلى لابن حزم ١١٦/٨ .

١ ـ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على المدين الذى مات ولم يترك وفاء بمجرد وقوع الكفالة من أبى قتادة وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهمـــا فدل ذلك على براءة ذمة الميت وهو لم يأمر أحدا بالكفالة ولا بالأداء •

**مناقشـــة هذا الدليل :**

ان آداء الامام على وأبو قتادة يعتبر تبرعا منهما وليس فى نيتهما الرجوع على المكفول عنه بدليل أنهما يعلمان أن الميت لم يترك شيئا واذا كان الكفيل ليس فى نيته الرجوع فلا خلاف فى عدم رجوعه لأنه تنازل من الكفيل عن خالص حقـــه وانما الخلاف فى الكفيل ينوى الرجوع •

٢ ـ ان الكفيل اذا أقدم على الكفـــالة والســـداد بغير أمر المكفول عنه فانه لا ينوى الرجوع على المكفول عنه وما دام ليس فى نيتـــه الرجوع فينبغى ألا يثير خلافا قياســـا على ما لو علف شخص دابة غيره بغير أمره فلم يكن له الرجوع فكذا الكفيل فى هذه الحالة •

الحالة الثالثة : اذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه وكان الآداء بغير أمره فهل يجوز للكفيل أن يرجع بما أدى على المكفول عنـــــه ؟

يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمـــالكية والشافعية فى الصحيح والحنابلة والزيدية والامامية(٣٨) أن الكفيل له حق

---

(٣٨) بدائع الصنائع ١٣/٦ ، المنتقى للباجى ٨٨/٦ ، شرح الجلال المحلى ٣٣١/٢ •

الرجـوع على المكفول عنه ودليـل ذلك ان الاذن فى الـكفالة اقتضى ضمان الكفيل وضمان الكفيل أدى الى قيامه بالسداد فى الموعد المقـرر وذلك لأن الاذن بالضـمان اذن بالأداء لابتناء الأداء على الضمان والاذن فى السبب يقتضى الاذن فى المسبب ووجود الاذن يثبت المكفيل حق الرجوع على من أذن وهو المكفول عنـــه .

ورأى الظاهرية والشـافعية فى مقابل الأصـح(٣٩) أن الكفيل ليس له حق الرجوع على المكفول عنه وحجتهم فى ذلك ان الكفيل يعتبر متبرعا ومادام قد ضـمن فالحق قد انتقل الى ذمته فهو عندما أدى أدى دينا مستقرا فى ذمته ومن ثم لا يحق له الرجوع على المكفول عنه .

الحالة الرابعة : اذا كانت الكفالة بغير أمر الأصيل وكان الأداء بأمره فهل يصـح للكفيل أن يرجـع بما أدى على المكفول عنـــه ؟

يرى المـالكية والحنابلة والزيدية والشافعية فى مقـابل الأصـح(٤٠) عندهم أن الكفيل له الحق فى الرجوع على المكفول عنه بما أدى لأن الأداء كان بأمره وهو السبب المباشر فى الرجوع وذلك لأن كل شخص أدى دين غيره بأمره فله حق الرجوع عليه فكذا الكفيل .

---

(٣٩) المحلى لابن حزم ٨/١١٦ ، شرح الجلال المحلى ٢/٣٣١ .

ويرى الحنفيــة والظــاهرية والاماميــة والشــافعية فى الأصح(٤١) أن الكفيل ليس له حق الرجوع بما أدى على المكفول عنه لأن الأداء مبنى على الضمان والضمان غير مأذون فيه من المكفول عنه فانصرف أمر المكفول عنه الى ما وجب بالضمان غير المــأذون فيه ومن ثم لا يصــح للكفيــل أن يرجع بما أدى على المكفول عنه .

## الرأى الراجــح

بعــد البحث والدرس فى الأحــوال التى ذكرت من اقدام الكفيل على الكفالة وأمر المكفــول عنــه وعدم أمره تبين لنــا ما يأتى :

أولا : ان الحــالات الأربع تثتثنى منهــا حالة واحدة ليس للكفيل فيها أن يرجــع على المكفول عنــه وهى حالة ما اذا أقدم الكفيل على الكفالة دون أن يأمره بها المكفول عنه وقام بسداد الدين المكفول به بدون أمر المكفول عنه وسبب ذلك :

١ ـ ان الكفالة عقــد تبرع والكفيل بمقتضى هــذا العقد يقدم على التبرع طائعا مختارا .

٢ ـ الكفيل فى اقدامه على العقد لم يأذن له المكفول عنة فى الاقدام وانعدام الاذن يجعل الكفيــل فى موقف لا يقدر أن يرجع فيه على المكفول عنه .

---

(٤٢) انظر المراجع الســابقة .

٣ - ان عقد الكفالة يجعل الضمان ينتقل الى ذمة الكفيل والضمان غير مأذون فيه ويترتب عليه الأداء وهو أيضا غير مأذون فيه فهو يتبرع بالكفالة والأداء معا لهذا قلنا أن الراجح عدم رجوع الكفيل على المكفول عنه فى هذه الحالة .

ثانيا - الحالات الثلاث الأخر وهى ما اذا أمر المكفول عنه الكفيل بالكفالة والأداء أو أمره بالكفالة دون الأداء أو بالأداء دون الكفالة فالراجح لدينا أنه للكفيل حق الرجوع على المكفول عنه بما أدى وذلك لما يأتى :

١ - فالحالة الأولى فيها أو بالكفالة والأداء معا والأمر فيهما يقوى مركز الكفيل فى حق الرجوع على المكفول عنه .

٢ - إن الضمان المترتب على عقد الكفالة يوجب على الكفيل الأداء سواء كان مأمورا بالكفالة فقط أو بالأداء فقط أو بهما معا مما يستلزم حق الكفيل فى الرجوع على المكفول عنه .

٣ - انتقال الحق الى ذمة الكفيل لا يعنى براءة ذمة المكفول عنه بل تنشغل بالحق المكفول به ذمة الأصيل والكفيل معا والحق لا يسقط الا بالأداء أو الابراء والمكفول عنه لم يؤد الدين ولم يبرأ منه فى الحالات الثلاث ومن ثم يظل متقررا فى ذمته وبالتالى يحق للكفيل الذى أدى عنه أن يرجع عليه بما أدى ولو قلنا بعدم رجوع الكفيل لضربنا بأمر المكفول عنه

بالكفالة واذنه بالأداء عرض الحائط وأيضا لو قلنا بعدم رجوع الكفيل فى الحالات الثلاث لاندثرت الكفالة ولم يقبل عليها الكفلاء ولترتب على مثل هذا العقد ضياع الأقوال على العكس لو قلنا بالرجوع لأقدم الناس على الكفالة وترى الحفظ لأموال كثيرة ويأمن كل كفيل على ما يدفع ويجد كل انسان فى ضائقة من يكفله .

# الفصل الثانى

## انقضـــاء الكفـالة

كل عقد من العقود له طرق ينقضى بهـا بحيث اذا وجدت هذه الطرق أو هذه الأسباب انقضى العقد وعقد الكفالة شـأنه شأن سائر العقود له أسباب تؤدى الى انقضائه وسنتكلم عنها فيمـا يلى :

أولا : الابراء وهو سقوط المطالبة بالحق المكفول به(١) والابراء وإن كان مصـدره هو من له الدين وهو المكفول له وهذا الابراء قد يقـع للأصـيل وقد يقع للكفيل فمـا الذى يترتب على ابراء كل واحد منهما ؟ نبين ذلك فيما يأتى :

### ١ ـ ابراء الأصيل « المكفول عنه » :

معناه أن يقوم المكفول له باسقاط دينه عن المكفول عنه فمن حيث الابراء لا مانع منه فينتج أثره بالنسـبة للأصـيل فيقسط عنه المكفول به وتبرأ ذمته وتنقضى الكفالة بالنسبة له وهذا باتفاق ، ولكن هل تمتد هذه البراءة فتشمل الكفيل فتبرأ ذمته وينتهى بالنسبة له عقد الكفالة أم لا ؟ هذا التساؤل أثار اختلاف الفقهـاء وهم الحنفيـة والمـالكية والشـافعية

(١) المصباح المنير ٧٦/١ .

والحنابلة والزيدية(٢) أن ابراء المكفول عنه ابراء للكفيل وحجتهم فى ذلك أن الكفالة عقد وثيقة بالدين وهو مضمون فى ذمة الكفيل تبعا لذمة الأصيل فاذا برئ المتبوع وهو الأصيل برئ التابع وهو الكفيل كما أن عقد الكفالة الشامل للكفيل والمكفول به والمكفول عنه وقد تقدم أن المكفول به ركن فاذا ما أسقطه المكفول له وانقضى ركن من أركان العقد انقضى عقد الكفالة وانقضاؤه بالنسبة للأصيل ببراءة ذمته يعد انقضاء بالنسبة للكفيل ويبرأ ذمته . كما أن الضمان المقرر بمقتضى عقد الكفالة يجعل ذمة الأصيل وذمة الكفيل يلتقيان فى ضمان الحق وضمان المطالبة وقد برئ الأصيل من ما يلتقيان عليه وهو الضمان فكذلك يبرأ الكفيل لأنه لا معنى لبراءة أحدهما دون الآخر مع اشتراكهما فيما يبرآن منه وهو الدين كما أن المكفول له يمثل ركنا ضابطا لكل من الكفيل والأصيل على قدم المساواة والتساوى بينهما فى كل شئ فى المطالبة والبراءة والدفع فلكى يكون الغرم بالغنم ينبغى أن تشملهما البراءة .

وخالف الظاهرية والامامية(٣) جمهور الفقهاء وقالوا ان ابراء المكفول عنه لا يعد ابراء للكفيل ، لأن الدين انتقل الى ذمة الكفيل بموجب عقد الكفالة فاذا جاء ابراء للأصيل فانه لا يسرى لأنه لم يصادف محلا يؤثر فيه ويسرى منه ، لأن ذمة

---

(٢) فتح القدير ٤١١/٥ ، بدائع الصنائع ١١/٦ حاشية الدسوقى ٣٦/٣ ، نهاية المحتاج ٢٢٧/٤ ، كشاف القناع ٣٦٤/٣ ، البحر الزخار ٧٩/٥ .

(٣) المحلى لابن حزم ١١١/٨ ، شرح النيل ٦٤٦/٤ .

الأصيل لا دين فيها والابراء لا يجد دينا فى ذمة الأصيل يزيله وبالتالى لا يمكن أن يسرى من ذمة الأصيل الى ذمة الكفيل . وقد نوقش هذا القول سابقا ومؤدى هذه المناقشة ان الحق الثابت فى ذمة الأصيل لا ينتقل بالكفالة الى ذمة الكفيل وانما الكفالة هى ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل فى المطالبة ومن ثم اذا أبرأ المكفول له المكفول عنه برىء الكفيل وانقضى عقد الكفالة .

**٢ ـ اذا أبرأ المكفول له الكفيل من الدين :**

فان عقد الكفالة ينقضى وتبرأ ذمة الكفيل اتفاقا ، لكن هل تمتد هذه البراءة التى اسقطت الدين عن الكفيل الى الأصيل فتسقط ما فى ذمته ؟ وقع خلاف بين الفقهاء فيرى جمهور الفقهاء وهم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية(٤) إن ابراء الكفيل لا يترتب عليه ابراء الأصيل ودليلهم على ذلك أن عقد الكفالة عقد وثيقة والابراء المضامن اسقاط للوثيقة وهو عقد الكفالة وهذا أمر متفق عليه كما مر واسقاط الوثيقة لا يوجب اسقاط الدين عن الأصيل لأن استقرار الدين فى ذمة الأصيل سابق على عقد التوثق بل هو الباعث عليه وانقضاء التوثق بابراء الكفيل لا يؤدى الى اسقاط الباعث على هذا العقد وهو الدين الثابت فى ذمة الأصيل .

وخالف الظاهرية والشيعة الامامية(٥) جمهور الفقهاء

---

(٤) فتح القدير ٤١١/٥ ، حاشية الدسوقى ٣٣٦/٣ ، نهاية المحتاج ٢٥٧/٤ ، كشاف القناع ٣٦٤/٣ ، البحر الزخار ٧٩/٥ .

(٥) المحلى لابن حزم ١١١/٨ ، شرح النيل ٦٤٦/٤ .

حيث قالوا ان براءة الكفيل براءة للأصيل بناء على أصلهم فى عقد الكفالة الموجب لانتقال الحق من ذمة الأصيل الى ذمة الكفيل فان الحق الذى أنتقل الى ذمة الكفيل قد برىء منه ببراءة المكفول له وذمة الأصيل غير مشغولة بالدين فهى بريئة بلا ابراء من المكفول له وقد نوقش هـذا الرأى آنفا وأقمنـا الدليل على ضـعفه .

**ثانيا : هبة الدين فى الكفالة :**

ان الذى يملك الهبة فى عقد الكفالة هو المكفول له لأنه هو الذى يملك الدين المكفول به دون غـيره ويمكن أن يهبـه للكفيل والأصيل ولذا سنتكلم عن الحالين . مامن شك ان الفقهاء قد اتفقوا على أن هبة المكفول له صحيحة وجائزة كما اتفقوا على أن هبة الدين تنهى عقد الكفالة سواء كانت الهبة للكفيل أو للأصيل لأن الهبـة كالابراء كلاهمـا يقع على أحد أركان العقد وهو المكفول به ولكن الفقهاء قد اختلفوا فى هل تسرى الهبة للأصـيل ان وقعت للكفيل وبالعكس ؟ ونتكلم فى ذلك على النحو التالى :

١ ـ اذا وهب المـكفول له الدين للأصـيل تسرى الأحكام المقررة فى ابراء المـكفول له للأصـيل من دين الـكفالة وقد ذكرناها سـابقا .

٢ ـ اذا وهب المكفول له الدين للكفيل فقد اختلف الفقهاء فى رجوع الكفيـل على الأصيل بهبة المكفـول له فيرى جمهور

الفقهاء وهم الحنفية والمالكية والحنابلة والشيعة الزيدية والامامية والأصح عند الشافعية(٦) أن الكفيل له أن يرجع على المكفول عنه بما وهبه له المكفول له من دين وحجتهم فى ذلك لأن الهبة كالأداء فيها معنى التمليك وبالهبة انتقلت ملكية ما فى ذمة الأصيل من المكفول له الى الكفيل ومن ثم يرجع الكفيل على الأصيل بما ملكه بهبة الدين ، والأصل أن هبة الدين لغير المدين لا تجوز اتفاقا(٧) وجوازها لتصحيح تصرف المكفول له بعد وقوعه أما قبل وقوع التصرف وهى الهبة للكفيل فتكون غير جائزة لأنه لا ضرورة تقتضيها ، أما بعد التصرف ووقوع الهبة من المكفول له الى الكفيل اقتضت صحتها الضرورة ولتتمشى مع الاعتبارات الشرعية فيحكم هذا التصرف النطاق الشرعى ومن ثم جاز أن يعتبر الدين الموهوب من المكفول له الى الكفيل وان كان دينا واحدا الا أنه يعتبر فى ذمتى الكفيل والأصيل(٨) .

وخالف الظاهرية والصحيح عند الشافعية جمهور الفقهاء حيث قالوا ان المكفول له اذا وهب الدين للكفيل لا يصح له الرجوع على الأصيل بما وهب له وان كان الظاهرية وصحيح الشافعية متفقان على عدم جواز رجوع الكفيل على الأصيل الا أنهم اختلفوا فى التعليل فقد علل الظاهرية لعدم جواز

---

(٦) انظر المراجع السابقة .

(٧) فتح القدير ٥/٣٩٠ ، مغنى المحتاج ٢/٤٠ ، زاد المحتاج ٣/٤٣٦ ، بداية المجتهد ٢/٣٣١ .

(٨) فتح القدير ٥/٣٩٠ .

رجوع الكفيل على الأصيل بأن الدين قد انتقل بموجب الكفالة من ذمة الأصيل الى ذمة الكفيل فاذا ما وهب له صادفت الهبة محلا أى ما فى ذمة الكفيل وامتنع رجوعه على الأصيل لأن ذمته قد خلت من الدين بموجب عقد الكفالة لانتقاله الى ذمة الكفيل ، أما صحيح الشافعية فقد عللوا عدم الرجوع بأن الهبة لا تجوز لغير المدين والكفيل غير مدين بل هو ضامن للدين الذى فى ذمة الأصيل لأن الهبة للمدين ابراء لذمته ولغير المدين لا تصح(٩) .

والراجح ما ذهب اليه جمهور الفقهاء القائلين برجوع الكفيل على الأصيل بما وهب من المكفول له لما يأتى :

١ - لعدم انتقال الحق من ذمة الأصيل الى ذمة الكفيل وما دام الحق لم ينتقل فان الرجوع يجد محلا وهو ذمة الأصيل المشغولة بالدين .

٢ - ان رجوع الكفيل فيه تصحيح لتصرف المكفول له بعد وقوعه وتصحيح التصرف أولى من ابطاله وعدم رجوعه يؤدى الى ابطال المكفول له لعدم تمام هبته .

٣ - لو قلنا بعدم الرجوع لظلت ذمة الأصيل مشغولة بالدين أبدا لأن ذمته لا تفرغ الا بالأداء وهو لم يؤدى أو بالابراء وهو لم يبرأ من قبل صاحب الدين ويترتب على ذلك أن يظل الدين متأرجحا بين الكفيل والأصيل لهذا قلنا بجواز رجوع الكفيل على الأصيل .

---

(٩) المحلى لابن حزم ١١٤/٨ ، زاد المحتاج ٤٣٦/٢ .

٤ ـ القول بالرجوع اقتضـته الضرورة ليتمشى مع الجواز الشرعى .

**ثالثـا : المـوت :**

والموت هو انهاء الحياة واذا أردنا أن نتكلم عنه كسبب من أسـباب انقضـاء عقـد الكفالة نفرق بين الـكفالة بالنفس والكفالة بالمـال .

**١ ـ الـكفالة بالنفس :**

( أ ) فان كانت الـكفالة بالنفس فاما أن يمـوت الكفيل أو المكفول عنه ، فان مات الكفيل انقضى عقد الكفالة لأن الكفيل هو أحد أركان العقد وموته يودى بركن من أركان العقد فينهى العقد ولا يمكن بقاء العقد بدون الكفيـل أما ان مات المكفول عنه فى الكفالة بالنفس .

وقد تقدم أن قلنا ان الكفالة بالنفس لا تجوز فى الحـدود والقصاص فيكون كلامنا عن الكفالة بالنفس التى موضوعها مال فان مات المكفول عنه فقد اتفق الفقهاء على انقضاء عقد الكفالة بالنفس لأن الكفيل مسئول عن تسليم النفس وقد تعذر التسليم لموت المكفول عنه، وهل يطلب الكفيل بالمال الذى كان على المكفول عنه الميت يرى جمهور(١٠) الفقهاء أن الكفيل غير مسئول عن المـال الذى كان على المكفول عنه الميت لأن موضـوع الـكفالة

---

(١٠) بدائع الصنائع ٣/٦ ، مغنى المحتاج ٢/٢٠٥ ، المغنى ٤/٦٢٤ التاج المذهب ٤/١٤٣ ، اللمعة الدمشقية ٤/١٦٨ .

كفالة بالنفس فلا يسأل الكفيل عن المال ، أما المالكية(١١) فيرون أن رب المال له أن يأخذ من مال الميت حقه فان لم يكن له مال لا يرجع على الكفيل حتى يحل الأجل .

**(ب) الغيبة فى الكفالة بالنفس :**

اذا غاب المكفول عنه لم ينتهى عقد الكفالة بالنسبة له بمجرد غيبته بل يستمر عقد الكفالة وهذا باتفاق الفقهاء الا أنهم قد اختلفوا فى مدى التزام الكفيل أثناء غيبة المكفول عنه بالحق على النحو التالى :

ذهب المالكية والحنابلة(١٢) وقول الشافعية فى حالة غيبة المكفول عنه يلزم الكفيل باحضاره أو دفع ما عليه من مال بشرط ألا تكون له أموال ظاهرة حاضرة فان كانت له أموال ظاهرة وحاضرة تباع وسدد ما عليه من دين لأن عقد الكفالة موجود ولم ينقض وغيبة المكفول عنه لا ترتب انقضاء العقد وتبقى مسئولية الكفيل عن المكفول عنه فيلتزم اما باحضاره أو دفع ما عليه وهذا مقتضى مشروعية عقد الكفالة .

وذهب الحنفية والزيدية(١٣) الى أن غيبة المكفول عنه لا تبرأ ذمة الكفيل وانما يلتزم باحضاره أو يظهر للقاضى

---

(١١) المدونة الكبرى ٥/٢٥٧ .

(١٢) بداية المجتهد ٢/٢٩١ ، المغنى لابن قدامة ٤/٦٢٢ ، مغنى المحتاج ٢/٢٠٥ .

(١٣) بدائع الصنائع ٦/٣ التاج المذهب ٤/١٤٣ .

عجزه فى احضاره فان لم يظهر للقاضى عجزه حبسه الى أن يتأكد من عدم قدرته على احضاره بشهادة الشهود أو بأى دليل آخر فحينئذ يطلق صراحه وينظره الى حال قدرته قياسا على المفلس بجامع عدم القدرة فى كل لأن الكفيل بمقتضى عقد الكفالة يعتبر مسئولا عن المكفول عنه ومسئوليته جسيمة وهى الالتزام باحضاره ولو أدى ذلك الى حبس الكفيل الا اذا ظهر عجزه بدليل وان تركه القاضى يتركه حتى يتمكن من القدرة على الاحضار اذن فغيبة المكفول عنه لا تنهى عقد الكفالة، والفرق بين هذا الرأى وسابقه ان هذا الرأى لا يلجأ الى المال قصرا لطبيعة المعقود عليه وهو الكفالة بالنفس .

أما الرأى السابق يجعل الكفيل يلجأ الى دفع المال متى عجز عن الاحضار ويفرق أيضا بين الرأيين بأنه على الرأى الأول ينتهى عقد الكفالة متى لم يحضر المكفول عنه الغائب ويدفع الكفيل المال اللازم وعلى الرأى الثانى لا ينتهى عقد الكفالة حتى بعد حبس الكفيل واطلاق صراحه لأن القاضى أطلق صراحته حتى يتمكن من القدرة على الاحضار .

وذهب الشافعية فى الأصح عندهم(١٤) والامامية الى القول بأن غيبة المكفول عنه اما أن تكون مكان معلوم أو مجهول فان كانت فى مكان مجهول لا يكلف الكفيل باحضاره لما فى هذا من مشقة خارجة عن طاقة الكفيل .

---

(١٤) مغنى المحتاج ٢/٢٠٥ ، اللمعة الدمشقية ٤/٥٩ .

أما ان كان فى مكان معلوم فرأيان عند الشافعية أولهما ان كانت المسافة الى المكان المعلوم هى مسافة القصر أو تزيد فلا يلزم الكفيل باحضاره قياسا على الولى وشاهد الأصيل وثانيهما أن الكفيل يلزم باحضار المكفول عنه ولو كانت المسافة فوق مسافة القصر دون نظر الى طول المسافة وقصرها قياسا على غيبة مال المديون فيلزم باحضاره ولو كان فوق مسافة القصر ويشترط للاحضار أمن الطريق وألا يكون فى مكان فيه منعة أو عند شخص ذى منعة وتمنح للكفيل مدة تكفى سفره ذهابا وايابا ونفقة السفر فى مال الكفيل لأنه يريد خلاص ذمته ، فان لم يحضره حبس ولم يطلق سراحه حتى يدفع المال للمكفول له فان دفع المال وحضر المكفول عنه هل يرجع عليه الكفيل أم لا ؟ قال الاسنوى يرجع عليه لأن مادفعه من المال لانقاذ نفسه من الحبس لكن يبقى العقد الذى كان موضوعه الكفالة بالنفس لاستبدالهما بالمال ، وقال الأذرعى الأقرب أن الكفيل لا يسترد ما دفع لأنه كان متبرعا وعلى قول الأذرعى ينقضى عقد الكفالة بدفع الكفيل المال لأنه عندما أراد أن يرجع عليه كان العقد منتهيا وليس فى ذمة المكفول عنه شىء .

## الرأى الراجح

عندى أن المكفول عنه فى الكفالة بالنفس يلتزم الكفيل باحضاره بشروط :

١ - أن يتمكن الكفيل من احضاره وأن يقدر على ذلك ·

٢ - أن يكون مكان المكفول عنه معلوما ·

فان عجز عن الاحضار انقضى عقد الكفالة وليس على الكفيل دفع مال كما أن الكفيل لا يحبس وعلة ذلك ان طبيعة عقد الكفالة هى كفالة بالنفس فينبغى أن تقتصر على موضوعها فان انعدم المعقود عليه انقضى العقد كما أنه لا يلجأ الكفيل الى دفع المال عند عدم الحضور لأن هذا يتنافى مع طبيعة العقد وأيضا عقد الكفالة عقد تبرع فينبغى أن يشجع الأشخاص على عقود التبرعات وذلك بالتزام طبيعة العقد وتنفيذ المعقود عليه فان تعداه الى غيره يؤدى الى نفرة الكفلاء فالكفيل بالنفس ان رأى أنه سيدفع مال أو يحبس تراجع عن ابرام مثل هذا العقد ·

### ٢ - الكفالة بالمال :

تقدم أن الكفالة بالمال قسم من أقسام الكفالة ولكن الكلام هنا فيما لو مات الكفيل أو الأصيل أو غاب أحدهما فهل ينقضى عقد الكفالة أو لا ينقضى ؟

اذا مات الأصيل أو الكفيل والدين مؤجل فان الدين يحل على الميت فقط لخراب ذمته ويؤخذ من تركته أما الآخر فلا يحل عليه الدين لأن الأجل لم ينته بعد ومن ثم لا ينقضى عقد الكفالة

وان كان الميت أو الغائب هو الأصيل فللكفيل أن يطالب المكفول له بأخذ الدين من تركة الأصيل أو من ماله اذا كان غائبا أو ابرائه لأن التركة قد تهلك لو انتظر حلول الأجل • فان فعل ذلك رب المـال وأخذ حقه ينتهى عقد الكفالة لانقضاء المكفول بة سواء كان بالأداء أو بالابراء فان مات الكفيــل أو غاب غيبة طويلة أخذ المكفول له الدين من تركته ولم يكن لورثته حق الرجوع على الأصيل الا اذا حل أجل الوفاء على المكفول عنه أو مات ومن ثم فان عقد الكفالة لا ينقضى بموت الكفيل • بل ينقضى حال وقت الرجوع وأخذ ورثة الكفيل ما أخذ من تركة الكفيل(١٥) •

---

(١٥) مغنى المحتـاج ٢/٢٠٨ •

## المراجــع


١ ـ لسـان العرب ٠
٢ ـ تاج العـروس ٠
٣ ـ القـاموس المحيط ٠
٤ ـ المعجـم الوسيط ٠
٥ ـ العناية على الهداية ٠
٦ ـ المحـلى لابن حزم ٠
٧ ـ الشرح الكبير للدردير ٠
٨ ـ روضـة الطالبين ٠
٩ ـ الـكافى ٠
١٠ ـ شرائع الاسـلام ٠
١١ ـ فتح القـدير ٠
١٢ ـ سـنن أبى داود ٠
١٣ ـ الأصول لصـدر الشريعة ٠
١٤ ـ حاشية الحموى على الأشباه والنظائر ٠
١٥ ـ الحدود لابن عرفة ٠
١٦ ـ شرح الحدود للرصاع ٠
١٧ ـ مغنى المحتـاج ٠
١٨ ـ زاد المحتـاج ٠
١٩ ـ روضة المحتـاج ٠
٢٠ ـ المغنى لابن قدامة ٠
٢١ ـ المغنى والشرح الكبير ٠
٢٢ ـ الانصـاف ٠
٢٣ ـ الجامع الصحيح لأحكام القران ٠

٢٤ - التسهيل فى علوم التنزيل .
٢٥ - صحيح البخارى .
٢٦ - سنن أبى داود .
٢٧ - سنن الترمذى .
٢٨ - المبسوط .
٢٩ - المصباح المنير .
٣٠ - بلغة السالك .
٣١ - البدائع .
٣٢ - الشهادات .
٣٣ - القوانين الفقهية .
٣٤ - حاشية الطحاوى .
٣٥ - حاشية قليوبى .
٣٦ - شرح الأزهار .
٣٧ - الاختيار .
٣٨ - حاشية ابن عابدين .
٣٩ - المنتقى شرح الموطأ .
٤٠ - الاقناع .
٤١ - كشاف القناع .
٤٢ - مستمسك العروة الوثقى .
٤٣ - شرح النيل وشفاء العليل .
٤٤ - المهذب للشيرازى .
٤٥ - نهاية المحتاج .
٤٦ - التاج والاكليل .
٤٧ - مواهب الجليل .
٤٨ - المدونة الكبرى .
٤٩ - البحر الزخار .

٥٠ ـ السنن الكبرى •
٥١ ـ شرح منح الجليل •
٥٢ ـ حاشية الدسوقى •
٥٣ ـ شرح الجلال المحلى •
٥٤ ـ نيل الأوطار للشوكانى •
٥٥ ـ سنن الدارقطنى •
٥٦ ـ مسند الامام أحمد •
٥٧ ـ سنن ابن ماجة •
٥٨ ـ بداية المجتهد •
٥٩ ـ التاج المذهب •
٦٠ ـ اللمعة الدمشقية •

# فهرس الموضوعات



رقم الايداع بدار الكتب ٢٩٩٩/١٩٩٨